Toulouse 1974

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

MARCEL WALINE

Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris
Membre de l'Institut

TOME CXVI

LE CONSEIL D'ETAT PROTECTEUR DES PREROGATIVES DE L'ADMINISTRATION

(Etudes sur le recours pour excès de pouvoir)

par

Achille MESTRE

Agrégé des Facultés de Droit

Toulouse

Préface

de M. Jean RIVERO

Professeur à l'Université de Paris II

Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère de l'Education Nationale

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS

20 et 24, rue Soufflot - 75005

1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549604_0070

LE CONSEIL D'ÉTAT PROTECTEUR DES PRÉROGATIVES DE L'ADMINISTRATION

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

MARCEL WALINE

Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris
Membre de l'Institut

TOME CXVI

LE CONSEIL D'ETAT PROTECTEUR DES PREROGATIVES DE L'ADMINISTRATION

(Etudes sur le recours pour excès de pouvoir)

Par

Achille MESTRE

Agrégé des Facultés de Droit

Préface

de M. Jean RIVERO

Professeur à l'Université de Paris II

Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère de l'Education Nationale

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS

20 et 24, rue Soufflot - 75005

1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Mestre : ISBN 2-275-01329-6

OUVRAGES PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

TOME 1. — ROBERT (J.) : *Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration* (le problème des responsabilités). Epuisé.
TOME 2. — DURAND (C.) : *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire.* Epuisé.
TOME 3. — ARDANT (P.) : *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle.* Epuisé.
TOME 4. — DUCOS-ADER (R.) : *Le droit de réquisition* (théorie générale et régime juridique). Epuisé.
TOME 5. — DENIS-LEVY : *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre.* Epuisé.
TOME 6. — FOURRIER (Ch.) : *La liberté d'opinion du fonctionnaire* (Essai de droit public comparé : France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, U.R.S.S., Allemagne, Suisse, Belgique, etc.). Epuisé.
TOME 7. — MOREAU (J.) : *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative.* Epuisé.
TOME 8. — CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée.* (Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire). Epuisé.
TOME 9. — GROSHENS (J.-C.) : *Les institutions et le régime juridique des cultes protestants.* Epuisé.
TOME 10. — TOURDIAS (M.) : *Le sursis à exécution des décisions administratives.*
TOME 11. — BOURDONCLE (R.) : *Liberté d'opinion et fonction publique en Droit positif français.* Epuisé.
TOME 12. — KOECHLIN (H.-E.) : *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à* 1873 (Etude de jurisprudence).
TOME 13. — JACQUEMART (D.) : *Le Conseil d'Etat, juge de Cassation.* Epuisé.
TOME 14. — DUBISSON (M.) : *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir.* Epuisé.
TOME 15. — BORELLA (F.) : *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis* 1946. Epuisé.
TOME 16. — DREVET (P.) : *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre* 1946.
TOME 17. — VENEZIA (J.-C.) : *Le pouvoir discrétionnaire.* Epuisé.
TOME 18. — CONNOIS (R.) : *La notion d'établissement public en droit administratif français.* Epuisé.

TOME 19. — SPILIOTOPOULOS (Ep.) : *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français.* Epuisé.

TOME 20. — GARREAU (R.) : *Le « Local Government » en Grande-Bretagne.* Epuisé.

TOME 21. — KORNPROBST (B.) : *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir.*

TOME 22. — BARDONNET (D.) : *Le tribunal des conflits, juge du fond.*

TOME 23. — LESCUYER (G.) : *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées.*

TOME 24. — PEUREUX (G.) : *Le Haut-Conseil de l'Union Française et le Conseil exécutif de la Communauté.* Epuisé.

TOME 25. — LAMARQUE (J.) : *Recherches sur l'application du Droit privé aux Services publics administratifs.* Epuisé.

TOME 26. — GOUR (C.-G.) : *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif.*

TOME 27. — RUZIE (D.) : *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français.*

TOME 28. — LESAGE (M.) : *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice.*

TOME 29. — DEMICHEL (A.) : *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés,* 2 volumes. Epuisé.

TOME 30. — WOLFF (G.) : *La trésorerie britannique.* Epuisé.

TOME 31. — ROUSSEAU (G.) : *L'agent judiciaire du Trésor public.*

TOME 32. — TROTABAS (J.-B.) : *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain.* Epuisé.

TOME 33. — FROMONT (M.) : *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand.*

TOME 34. — DI MALTA (P.) : *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique.*

TOME 35. — LEFEBURE (M.) : *Le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration en droit anglais et français.*

TOME 36. — AZAR (A.-A.) : *Genèse de la Constitution du 4 octobre 1958.*

TOME 37. — PHILIP (L.) : *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises.*

TOME 38. — DEBBASCH (C.) : *Procédure administrative contentieuse et procédure civile.* Epuisé.

TOME 39. — DESFORGES (C.) : *La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat.*

TOME 40. — NIZARD (L.) : *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité.*

TOME 41. — OLLE-LAPRUNE (J.) : *La stabilité des ministres sous la IIIe République.*

TOME 42. — BERNARD (P.) : *La notion d'ordre public en droit administratif.* Epuisé.

TOME 43. — DOUC-RASY : *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français.* Epuisé.

TOME 44. — GILLI (J.-P.) : *La cause juridique de la demande en justice.*

TOME 45. — DUBOUIS (L.) : *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative.* Epuisé.
TOME 46. — COTTERET (J.-M.) : *Pouvoir législatif en France.* Epuisé.
TOME 47. — MAZERES (J.-A.) : *Véhicules administratifs et responsabilité publique.*
TOME 48. — ARNE (S.) : *Le Président du Conseil des Ministres sous la IV^e^ République.*
TOME 49. — LANDON (P.) : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à* 1954. Epuisé.
TOME 50. — MAESTRE (J.-C.) : *La responsabilité pécuniaire des agents publics français.*
TOME 51. — CHARNAY (J.-P.) : *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires.*
TOME 52. — DAUMARD (J.) : *Les marchés industriels des Départements de l'Etat.*
TOME 53. — DANAN (Y.-M.) : *La vie politique à Alger de* 1940 *à* 1944. Epuisé.
TOME 54. — TIMSIT (G.) : *La nature et le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français.*
TOME 55. — SENECHAL (M.) : *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées.*
TOME 56. — SANDEVOIR (P.) : *Etudes sur le recours de pleine juridiction.*
TOME 57. — CASTAGNE (J.) : *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative.* Epuisé.
TOME 58. — BRETTON (Ph.) : *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée.*
TOME 59. — LINO DI QUAL (G.) : *La compétence liée.*
TOME 60. — RENARD-PAYEN (O.) : *L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux.*
TOME 61. — FAVOREU (L.) : *Du déni de justice en Droit public français.*
TOME 62. — MONTAGNIER (G.) : *Le Trésorier-Payeur général.*
TOME 63. — MARTIN-PANNETIER (Andrée) : *Eléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais.*
TOME 64. — BAROUD : *La situation juridique des journalistes au Liban.*
TOME 65. — LACHAUME (Jean-François) : *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français.* Epuisé.
TOME 66. — EMERI (Claude) : *De la responsabilité de l'Administration à l'égard de ses collaborateurs.*
TOME 67. — CATHALA (Thierry) : *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires.*
TOME 68. — BATAILLER (F.) : *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel.* Epuisé.
TOME 69. — SABOURIN (Paul) : *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français.*
TOME 70. — VINCENT (F.) : *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives.*

TOME 71. — SFEZ (Lucien) : *Essai sur la Contribution du doyen Hauriou au Droit administratif français.*
TOME 72. — KLEIN (Claude) : *La police du domaine public.*
TOME 73. — RAINAUD (Jean-Marie) : *La distinction de l'acte réglementaire et l'acte individuel.*
TOME 74. — CHAUDET (J.-P.) : *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse.*
TOME 75. — MOURGEON (Jacques) : *La répression administrative.*
TOME 76. — BRAUD (Philippe) : *La notion de liberté publique et ses implications en droit français.*
TOME 77. — BASSO (Jacques) : *Les élections législatives dans le département des Alpes-Maritimes de* 1860 *à* 1939.
TOME 78. — LANG (Jack) : *L'Etat et le théâtre.*
TOME 79. — ISAAC (Guy) : *La procédure administrative non contentieuse.*
TOME 80. — CHARLES (Hubert) : *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français.*
TOME 81. — DOUENCE (Jean-Claude) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration.*
TOME 82. — WEBER (Yves) : *L'Administration consultative.*
TOME 83. — LANDON (Pierre) : *Le recours pour excès de pouvoir depuis* 1954.
TOME 84. — RONGERE (Pierrette) : *Le procédé de l'acte-type.*
TOME 85. — DELPEREE (Francis) : *L'élaboration du Droit disciplinaire de la fonction publique.*
TOME 86. — MESNARD (A.-H.) : *L'action culturelle des pouvoirs publics.*
TOME 87. — SALON (Serge) : *Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique.*
TOME 88. — DELVOLVE (Pierre) : *Le principe d'égalité devant les charges publiques.*
TOME 89. — AMAURY (Philippe) : *De l'information et de la propagande d'Etat, les deux premières expériences d'un « Ministère de l'Information » en France.*
TOME 90. — GROSDIDIER de MATONS (J.) : *Le régime administratif financier des ports maritimes.*
TOME 91. — BECET (Jean-Marie) : *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers.*
TOME 92. — DENOYER (Jean-François) : *L'exploitation du domaine public.*
TOME 93. — SCHWARTZENBERG (Roger-Gérard) : *L'autorité de chose décidée.*
TOME 94. — TAGAND (Roger) : *Le régime juridique de la société d'économie mixte.*
TOME 95. — VALTER (Gérard) : *Le régime de l'organisation professionnelle de la cinématographie.*
TOME 96. — LALIGANT (Marcel) : *L'intervention de l'Etat dans le secteur agricole.*
TOME 97. — CHEVALLIER (Jacques) : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active.*

TOME 98. — WIENER (Céline) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres.*
TOME 99. — GARRIGOU-LAGRANGE (Jean-Marie) : *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics.*
TOME 100. — ETZION (David) : *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Israël.*
TOME 101. — COLSON (Jean-Philippe) : *L'Office du Juge et la preuve dans le contentieux administratif.*
TOME 102. — NEGRIN (Jean-Paul) : *L'Intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative.*
TOME 103. — MADIOT (Yves) : *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte-mixte en droit public français.*
TOME 104. — ESCARRAS (Jean-Claude) : *L'unité de juridiction en droit comparé (expériences belge et italienne).*
TOME 105. — HEYMANN (Arlette) : *Les Libertés publiques et la guerre d'Algérie.*
TOME 106. — PIEROT (Robert) : *Le statut de l'instituteur public.*
TOME 107. — LOSCHAK (Danièle) : *Le rôle politique du juge administratif français.*
TOME 108. — GAUDEMET (Yves) : *Les méthodes du juge administratif.*
TOME 109. — BERN (Philippe) : *La nature juridique du contentieux de l'imposition.*
TOME 110. — JACQUOT (Henri) : *Le statut juridique des plans français.*
TOME 111. — BAYLE (Gabriel) : *L'enrichissement sans cause en droit administratif.*
TOME 112. — BRECHON-MOULENES (Christine) : *Les régimes législatifs de responsabilité publique.*
TOME 113. — BLUMANN (Claude) : *La renonciation en droit administratif français.*
TOME 114. — FRANCK (Claude) : *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel.*
TOME 115. — DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean) : *L'usager du service public administratif.*

A Monsieur le Docteur Raoul Mestre,

A Monsieur le Professeur Jean Rivero,

A Monsieur le Professeur Olivier Dupeyroux,

en témoignage de reconnaissance.

PREFACE

Lorsque le thème de recherche d'où est né cet ouvrage fut, parmi d'autres, proposé à son auteur, la hâte enthousiaste avec laquelle il s'en saisit inspira quelque anxiété à celui qui venait de le lui tendre.

C'est que, si le thème avait de quoi séduire, il était aussi chargé de périls.

Il était séduisant. La vertu majeure qu'une Doctrine à peu près unanime s'accorde à saluer dans la jurisprudence administrative, c'est l'équilibre. Entre les deux impératifs, apparemment contradictoires, des exigences de l'action administrative d'une part, de la protection des citoyens contre l'arbitraire d'autre part, le Conseil d'Etat a su trouver une voie moyenne ; « concilier » : le verbe qui revient si souvent dans ses décisions résume sa sagesse.

Mais, curieusement, la plupart des auteurs qui s'accordent sur ce jugement ne semblent fixer leurs regards que sur un seul des deux bouts de la chaîne. Des études nombreuses n'ont laissé dans l'ombre aucun des aspects de la protection dont la jurisprudence accorde le bénéfice à l'administré ; sur la part qu'elle fait aux nécessités de l'action administrative, par contre, les auteurs ne s'attardent pas volontiers, comme s'ils redoutaient, en mettant en pleine lumière cet aspect des choses, de ternir l'auréole libérale à laquelle la Haute Juridiction doit son juste prestige.

La contradiction est évidente : on ne peut, tout à la fois, louer un équilibre, et feindre d'ignorer ce qu'il concède à l'un des deux termes opposés entre lesquels il s'instaure. Eclairer celui qui, jusque là, demeurait dans l'ombre, amener au jour cette « face cachée » de la jurisprudence tournée vers la protection des prérogatives de l'administration, c'était donc combler une lacune : l'entreprise, au départ, semblait tout à la fois nécessaire et raisonnable.

Mais elle était risquée, pour de multiples raisons. Et d'abord par son ampleur : même limitée au seul contentieux de l'excès de pouvoir, elle impliquait en effet le dépouillement d'une jurisprudence

dont les dimensions avaient de quoi décourager. Plus redoutable encore apparaissait la difficulté de choisir à coup sûr les décisions dans lesquelles prévalait la volonté de faire triompher les impératifs de l'action administrative. Choix d'autant plus malaisé qu'en bien des arrêts, cette volonté et le souci opposé de la protection de l'administré s'imbriquent étroitement, et dictent la solution selon des dosages dont l'analyse révèle difficilement la subtilité.

Autre danger : celui de vouloir trop prouver. A s'attacher à un seul aspect de la réalité, et surtout le plus négligé, on risque fort de le grossir inconsciemment, au détriment du reste, et de déformer l'image qu'on prétendait au contraire rétablir dans sa vérité. A partir du thème choisi, la tentation était forte de prendre le contre-pied de l'opinion commune, et de présenter un Conseil d'Etat, non plus défenseur du citoyen contre le pouvoir, mais protecteur sourcilleux de la toute-puissance administrative. Ainsi poussée à l'extrême, la thèse n'eût convaincu personne.

Même cantonnée dans les limites imposées par la simple honnêteté intellectuelle, elle risquait de surprendre, voire de choquer. Dans la mesure où elle s'écartait des sentiers battus, elle pouvait donner, de son auteur, l'image assez fâcheuse d'un jeune iconoclaste cherchant un succès facile dans la contestation systématique des idées reçues... Fallait-il laisser un candidat au doctorat, nourrissant au surplus des intentions agrégatives (dont l'événement, depuis, a démontré avec éclat le bien fondé), s'exposer à ces divers périls ?

Les tentatives de dissuasion ne l'ébranlèrent pas, et très vite, on renonça à les poursuivre. Sa détermination forçait la confiance : manifestement, il « sentait » son sujet, condition première pour en venir à bout.

Une autre raison, toute personnelle, jouait dans le même sens : le souvenir de l'accueil reçu, quarante ans plus tôt très exactement, par un candidat-docteur venu proposer à son Maître un sujet de thèse apparemment saugrenu... Le Maître lui avait fait confiance, et ni lui, ni le disciple n'avaient eu à le regretter.

Le Maître — le maître incomparable qui a marqué pour la vie ceux qui l'ont approché — s'appelait Achille Mestre. Quarante ans après, les rôles s'inversaient, mais les noms étaient les mêmes : comment refuser à Achille Mestre la même confiance que, jadis, on avait reçue d'Achille Mestre ? Comment douter que, du grand-père au petit-fils, se fussent transmis, avec le nom et le prénom, quelques autres héritages permettant de mener l'entreprise à bonne fin ?

L'avis du professeur Olivier Dupeyroux qui, à Toulouse, voulait bien accepter la présidence et la responsabilité d'une thèse dont l'honneur devait revenir à la Faculté qui avait formé le candidat, corroborait ces espoirs. Ils n'ont pas été déçus.

La collecte des matériaux a été complète. Leur abondance et leur diversité posaient de difficiles problèmes d'organisation : ils ont reçu des solutions harmonieuses. L'auteur a su éviter de s'enliser dans la banalité des exposés « exhaustifs » qui n'auraient rien apporté de neuf sur les multiples thèmes auxquels il devait toucher. Il s'est maintenu sur la ligne de crête, d'où le paysage se révèle sous une lumière renouvelée. C'est une synthèse qu'il présente, et parce que ses conclusions sont mesurées, il a toute chance d'emporter l'adhésion du lecteur.

Harmonie, lumière, mesure. A ces mots, qui sont venus spontanément sous la plume, le plus mozartien des juristes français, et l'un des plus fidèles au génie des pays d'Oc, reconnaîtrait sa lignée. On ne pense pas le trahir en osant affirmer qu'Achille Mestre eût aimé la thèse de son petit-fils.

Jean Rivéro,

Professeur à l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences sociales de Paris.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

A.J.D.A.	Actualité juridique - Droit administratif.
D.	Recueil Dalloz.
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz.
D.P.	Recueil périodique Dalloz.
Dr. Soc.	Droit social.
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat.
G.A.	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative par Long, Weil et Braibant (Sirey, 1969).
G.P.	Gazette du Palais.
J.C.A.	Jurisclasseur administratif.
J.C.P.	Jurisclasseur périodique.
J.O.	Journal officiel.
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat.
Rev. Adm.	Revue administrative.
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique.
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif.
S.	Recueil Sirey.

INTRODUCTION

Le Conseil d'Etat peut être présenté, tel Janus, comme ayant deux visages.

D'une part, il apparaît comme le défenseur efficace des droits des administrés en raison d'un contrôle juridictionnel toujours plus poussé sur les activités de l'Administration. L'élargissement des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir et l'extension des principes généraux du droit notamment témoignent en ce sens. Cette thèse a été défendue par la doctrine jusqu'au milieu du xx[e] siècle (1). Ainsi Jèze a vu dans le recours en annulation « l'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés » (2). Cette renommée persiste encore de nos jours et certains auteurs, tels M. Bénoit (3) ou M. Dupuis (4) s'en font les porte-paroles. Aux louanges exprimées par la doctrine française, de nombreux auteurs étrangers se sont joints : qu'il suffise de rappeler le témoignage admiratif de M. Hamson (5) à l'égard de notre recours pour excès de pouvoir, moyen efficace de protection des citoyens.

---

(1) On peut consulter, en ce sens :

— J. Donnedieu de Vabres, *La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France,* E.D.C.E. 1949, p. 30.

— M. Waline, *Cinquante ans de jurisprudence administrative,* D. 1950, Chr. p. 21.

— R. Cassin, *Le Conseil d'Etat gardien des principes de la Révolution française,* Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle, 1951.

— et surtout le *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat,* Sirey 1952, qui, par la diversité des chroniques, révèle bien le prestige du Conseil et son influence tant en France qu'à l'étranger.

(2) Jeze, Annuaire de l'Institut international de Droit public, 1929, p. 162.

(3) F.-P. Bénoit, *Le Droit administratif français,* Dalloz, 1968, p. 314.

(4) *Les privilèges de l'Administration,* Th. Paris, dactyl. 1962, p. 21 : « C'est un lieu commun de proclamer le libéralisme dont le juge administratif fait bénéficier les particuliers ; son contrôle est très strict et le droit qu'il applique est souvent plus astreignant pour l'Administration que le droit commun. »

(5) C. J. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration,* L.G.D.J., 1958.

Dans la même optique M. Stassinopoulos, membre de l'Académie d'Athènes, a pu écrire : « cette œuvre historique du Conseil d'Etat doit sa gloire surtout

Mais cette admiration sans réserves de notre Haute Juridiction administrative et de sa jurisprudence a souvent empêché la doctrine de découvrir l'autre visage du Conseil d'Etat. Une approche plus critique a, cependant, permis à certains auteurs de pressentir les imperfections du contentieux administratif. A l'origine de ce mouvement dissident, on trouve le célèbre article de M. Rivero « le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir » (6) qui dénonce les insuffisances de la protection des particuliers contre l'arbitraire administratif. L'auteur nous invite, dans une optique pragmatique, à adopter une nouvelle perspective pour permettre le perfectionnement de la jurisprudence administrative ; ainsi met-il dans la bouche du Huron ces paroles : « si j'étais de votre nation et si j'admirais, comme vous tous, votre Grand Conseil et son recours, je ne cesserai, me semble-t-il, non de lui en chanter les louanges, mais de lui en dénoncer les faiblesses pour l'inviter à se dépasser lui-même et à l'égaler à ce grand dieu que vous nommez le règne du droit » (7). La voie était tracée : l'auteur l'a poursuivie (8) et il fit des adeptes (9).

Ces remarques, très stimulantes pour la réflexion, permettent de déboucher sur un autre aspect de la jurisprudence administrative et d'apercevoir la face cachée du Conseil d'Etat qui se fait le protecteur des prérogatives de l'Administration.

Ce thème peut, *a priori*, sembler paradoxal : le Conseil d'Etat, tout au long du XIX[e] siècle n'a-t-il pas marqué sa volonté d'affirmer son indépendance à l'égard du pouvoir politique et de l'Administration ? N'a-t-il pas progressivement, et de plus en plus, mis en évidence la nécessaire protection des particuliers ? En réalité, la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil ne serait paradoxale que dans la mesure où elle excluerait celle des

---

au fait qu'il a toujours été inspiré par une seule idée directrice : assurer la protection des droits des administrés vis-à-vis de l'Administration et la prééminence de la loi dans le fonctionnement de l'Etat » (présentation des « grands Arrêts de la Jurisprudence administrative », R.D.P., 1970, p. 827).

(6) D. 1962, Chr. p. 37.

(7) *Ibid.*, p. 39-40.

(8) Jean Rivero, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Mélanges Dabin, Sirey 1963, T. II, p. 813 et suiv. ; *Les Libertés Publiques*, 1. *Les droits de l'homme*, P.U.F. 1973, p. 227 à 231.

(9) Charles Debbasch, *Droit Administratif*, Ed. Cujas 1970, p. 501 et suiv. ; Olivier Dupeyroux, *Libertés publiques*, Cours multig., Toulouse 3[e] année licence, 1965-1966 ; Groshens, *Réflexions sur la dualité de juridictions*, A.J.D.A. 1963, I, 537.

droits et libertés des citoyens — ce qui n'est pas : la reconnaissance des prérogatives de l'Administration n'implique pas la suppression des droits individuels. En outre, l'individu ne doit pas être systématiquement opposé au Pouvoir. Le dogme libéral du citoyen contre l'Etat est, depuis longtemps, dépassé : désormais les gouvernés attendent légitimement des prestations de la part des Pouvoirs Publics. Aussi pourrait-on soutenir que le Conseil d'Etat ne protège les prérogatives de l'Administration que pour mieux défendre en dernier ressort les droits des citoyens : « il faut prendre garde qu'en sapant l'autorité publique, le juge ruinerait celle de l'Etat et par là ce qui fait en définitive la sauvegarde de chacun contre les plus forts ou les moins scrupuleux » (10). Le Conseil d'Etat a dû prendre conscience du fait qu'il lui était nécessaire de protéger les prérogatives qui permettent à l'Administration de satisfaire l'intérêt général et de faire face à ses lourdes tâches : mission de police et gestion des services publics, essentiellement. Dès lors, chaque service administratif doit posséder « les prérogatives qui sont nécessaires à son plein épanouissement » (11).

Le Doyen Hauriou a bien montré qu'il était vain de ramener exclusivement l'Administration à sa finalité qui est la gestion des services publics ; éliminer l'élément de pouvoir pour ne laisser subsister que celui de fonction est contraire à la réalité qui nous montre « toute l'Administration organisée autour du pouvoir de l'Etat et des rouages locaux agencés en des centres de puissance publique » (12). Ce sont les prérogatives de puissance publique qui caractérisent l'Administration et permettent de la différencier des services privés. Cette idée a du reste été reprise et développée par le Doyen Vedel (13) qui en a fait le critère du droit administratif. Ces prérogatives constituent, en effet, les règles les plus exorbitantes du droit commun, celles dont M. Debbasch a pu écrire qu'en leur absence l'Administration susciterait « la naissance de règles spéciales mieux adaptées aux particularités de son action... destinées à l'activité de la puissance publique » (14),

---

(10) Marcel Waline, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration*, E.D.C.E. 1957, p. 29.

(11) Francis-Paul Bénoit, *Le droit administratif, op. cit.*, p. 776.

(12) Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 12e éd., p. 7.

(13) Georges Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E. n° 8, p. 21 et suiv. ; *Droit administratif*, P.U.F., 1973, p. 17 et suiv.

(14) C. Debbasch, *Droit administratif, op. cit.*, p. 6.

à la protection de cette puissance publique, pourrait-on ajouter. Les prérogatives de l'Administration entrent dans cette « zone de relative liberté » dont tout Etat a besoin pour ses organes supérieurs (15). Il revient au Conseil d'Etat de faire la part de cette nécessaire liberté. Le juge administratif suprême a bien compris qu'il se devait de protéger le fonctionnement de la machine administrative.

L'analyse de la protection de l'Administration par le Conseil d'Etat, nécessite — pour être rigoureuse — une délimitation. Les recherches seront cantonnées au contentieux de l'excès de pouvoir (16). En effet, l'attitude du juge y paraît représentative d'une tendance générale de la jurisprudence administrative. D'abord, le Conseil d'Etat jugeant sur excès de pouvoir n'est ni plus ni moins audacieux que lorsqu'il connaît d'une affaire au plein contentieux : il n'est pas vrai « que le juge administratif soit tenu à une plus grande réserve à l'égard des actes de l'Administration que le juge administratif en général ni que le problème des limites du contrôle du juge à l'égard des actes des autorités administratives ne se pose qu'au seul juge de l'excès de pouvoir » (17). En outre, il apparaît que le champ d'action spécifique du juge administratif réside dans le contentieux de l'excès de pouvoir (18) ; n'est-ce pas lui qui a été retenu par M. Hamson (19) pour présenter aux Anglais les caractéristiques du contentieux administratif français ?

Ensuite, il faut bien reconnaître que, comparé au droit privé, le contentieux de l'excès de pouvoir présente plus d'originalité que celui de la responsabilité : en effet, ce dernier se rapproche de plus en plus du droit commun (20).

Enfin, il paraît particulièrement intéressant de limiter de la sorte l'étude, car la doctrine qui a mis en relief les vertus libérales du Conseil d'Etat a justement pris comme principale illus-

---

(15) Jean Rivero, *Droit administratif comparé,* Cours polycopié, Les Cours de Droit, D.E.S. 1954-1955, p. 157.

(16) Le contentieux de pleine juridiction, ceux de l'interprétation et de la répression, ainsi que le recours en cassation seront donc exclus du champ de l'étude.

(17) M. Waline, *Etendue et limites...,* art. cit., p. 26.

(18) J. Rivero, *Droit administratif comparé, op. cit.,* p. 179.

(19) C. J. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration, Considérations sur le Conseil d'Etat statuant au contentieux, op. cit.*

(20) En ce sens, on peut consulter la thèse de M. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée,* L.G.D.J. 1953.

tration le recours pour excès de pouvoir (21). Aussi apparaît-il significatif d'appréhender ce même recours sous un autre aspect. Avec une approche différente.

Par ailleurs, nous limiterons nos investigations au rôle du Conseil d'Etat qui apparaît particulièrement révélateur. Jadis, celui-ci, juge de droit commun en matière administrative (22) statuait souverainement sur les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ; il possédait alors le monopole de ce contentieux de l'annulation. Certes aujourd'hui son rôle n'est plus exclusif en la matière (23), mais il n'en reste pas moins des plus caractéristiques. D'une part, il connaît d'un certain contentieux de « prestige » en premier et dernier ressort ; d'autre part, il est juge d'appel à l'égard des Tribunaux Administratifs. Le Conseil résume donc dans ses activités tout le contentieux de l'excès de pouvoir auquel il imprime spécificité et originalité.

Nous mettrons en relief les hypothèses dans lesquelles la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat peut être aisément isolée. Du fait même de la complémentarité des objectifs poursuivis par le juge — assurer la protection des prérogatives de l'Administration en même temps que celle des droits et libertés des citoyens — il s'avère souvent fort difficile de faire le départ entre les deux. Nous soulignerons surtout les espèces dans lesquelles la protection des prérogatives de l'Administration se révèle prioritaire par rapport à la défense des droits des administrés ; le cas-type, qui est en même temps le cas-limite, sera celui où la protection de l'Administration apparaîtra à l'état pur : ainsi en est-il de la jurisprudence sur les actes de gouvernement.

Par ailleurs, nous réduirons le champ de nos investigations aux hypothèses dans lesquelles les prérogatives reconnues par le Conseil d'Etat sont spécifiques du phénomène administratif. Nous n'étudierons pas les prérogatives qui existent pareillement au profit de diverses personnes privées — telles, pour se borner à cet exemple, les prérogatives que possède l'Administration dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire et qui ne sont caractéristiques ni de sa qualité, ni de sa mission. Tout chef d'entreprise s'en voit reconnaître de semblables dans le cadre du droit commun

(21) *V. Supra*, p. 11, note (1).
(22) C.E., 13 décembre 1889, Cadot, G.A., p. 27.
(23) Art. 2 du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953.

du travail (24). Nous ne nous attacherons donc qu'à l'examen des prérogatives qui révèlent la puissance publique ; c'est cette volonté du Conseil d'Etat de protéger la puissance publique que nous essaierons de mettre en évidence.

Il convient de ne pas méconnaître les obstacles méthodologiques que nous rencontrerons au cours de nos recherches. En effet, le droit positif est constitué d'un ensemble de couches de sédimentation superposées au cours du temps, c'est-à-dire en ce qui concerne le droit administratif depuis 170 ans et plus. Dès lors, le phénomène de « protection des prérogatives de l'Administration » ne doit pas être étudié seulement dans son état actuel, mais aussi dans une perspective historique qui nous permettra d'apercevoir et de comprendre les lignes de force de cette protection. Aussi serons-nous très souvent amenés à un retour aux sources, c'est-à-dire à la jurisprudence et à la doctrine qui furent à l'origine de tout un mouvement jurisprudentiel. Les arrêts de principe seront ainsi replacés dans leur contexte initial. Pour bien percevoir un phénomène, pour bien appréhender sa signification, il faut, en effet, s'en étonner alors qu'on s'accoutume, au contraire, peu à peu, à une jurisprudence. On la comprend sans doute moins bien car le bouleversement qu'elle a pu réaliser tend sinon à nous échapper, du moins à s'estomper. Un tel retour aux sources nous aidera à mettre en relief les modalités de la protection des prérogatives de l'Administration par le juge.

Le contenu de ces prérogatives est éminemment conjoncturel ; il est variable par nature et en intensité selon les différents secteurs de l'activité administrative concernée. Aussi ne pourrons-nous aborder l'étude que par une analyse concrète de la réalité jurisprudentielle. Or un examen de la jurisprudence révèle une double attitude du Conseil d'Etat.

D'une part le juge suprême a pris conscience du fait que le contrôle juridictionnel de la puissance publique relevait du « miracle », selon la formule imagée de M. Weil (25). Les autorités détentrices de la force publique pourraient parfaitement s'exonérer de toute soumission au droit puisqu'elles possèdent seules les moyens matériels de la contrainte. Cet état de fait n'a pu être ignoré du Conseil d'Etat qui n'a pas voulu s'ériger en

---

(24) Ainsi en est-il du pouvoir d'infliger des sanctions disciplinaires. Sur cette question, V. G. Dupuis, *Les privilèges de l'Administration, op. cit.*, p. 79 et suiv.

(25) P. Weil, *Le droit administratif*, P.U.F. 1968, p. 5.

juridiction intransigeante mais qui, au contraire, a su se montrer très compréhensif à l'égard des nécessités publiques. Aussi peut-on constater une volonté délibérée du Conseil d'Etat de ne pas entraver l'action administrative ; pour atteindre cet objectif, le juge suprême a limité ses pouvoirs de contrôle. Par son autolimitation, le Conseil d'Etat protège indirectement les prérogatives de l'Administration.

D'autre part, la Haute Juridiction a voulu donner à l'Administration tous les moyens nécessaires pour faire face à ses lourdes tâches d'intérêt général. Certes les autorités administratives se voient attribuer, par les textes législatifs ou réglementaires, des pouvoirs exorbitants du droit commun. Mais ces textes ne peuvent pas tout prévoir ; parfois ils ne prévoient pas assez. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il voulu directement reconnaître à l'Administration des prérogatives de faire ou de ne pas faire en sus des pouvoirs qui lui sont reconnus par les règlements ou la législation.

C'est dans un troisième temps seulement, après avoir analysé le droit positif, qu'il nous sera possible de tenter une systématisation de cette politique jurisprudentielle sous la forme d'une théorie générale de la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat. Aussi cette étude sera-t-elle divisée en trois parties :

— *Première partie :* Protection indirecte des prérogatives de l'Administration par autolimitation du Conseil d'Etat.

— *Deuxième partie :* Reconnaissance directe des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat.

— *Troisième partie :* Essai d'une théorie générale de la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat.

PREMIÈRE PARTIE

PROTECTION INDIRECTE DES PRÉROGATIVES DE L'ADMINISTRATION PAR AUTOLIMITATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Par le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat est juge de l'acte administratif dont il doit apprécier la légalité par la voie contentieuse. Ce recours a connu un développement constant tout au long du XIX^e^ siècle et jusqu'à nos jours : le Conseil d'Etat a voulu ouvrir très largement son prétoire aux requérants afin de les mieux protéger ; il a tendu à diversifier les cas d'ouverture afin de mieux cerner la légalité des actes qui lui étaient déférés. Cet aspect ne saurait être ignoré et doit être apprécié à sa juste valeur.

Mais le Conseil d'Etat utilise-t-il réellement tous ses pouvoirs juridictionnels ? assure-t-il la pleine efficacité des moyens de contrôle dont il peut disposer ? un examen attentif de la jurisprudence ne permet pas de l'affirmer. Il apparaît que, volontairement, le Conseil d'Etat n'utilise pas tous les pouvoirs qui sont l'apanage de la fonction juridictionnelle. Cependant, cette autolimitation n'est pas uniforme : elle est accentuée sur certains domaines de l'activité administrative qui sont ainsi privilégiés. Aussi étudierons-nous successivement les limites générales du contrôle juridictionnel, puis les domaines privilégiés de l'activité administrative.

— *Titre I.* — Les limites générales du contrôle juridictionnel.

— *Titre II.* — Les domaines privilégiés de l'activité administrative.

TITRE I

LES LIMITES GENERALES DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Quelle que soit la nature de l'acte administratif déféré à sa censure par la voie de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat n'utilise pas toujours pleinement les moyens de contrôle juridictionnel qui sont à sa disposition.

De fait, la procédure administrative contentieuse est spécifique (1) et tout à fait distincte de la procédure civile. Aucun texte n'a réalisé sa codification (1bis). Ses règles en sont éparses et ont été complétées par le juge administratif à la mesure de ses besoins.

L'inégalité des parties en présence est la donnée première qui s'impose à l'observateur : le litige oppose, en effet, généralement une personne morale de droit public disposant de compétences exorbitantes et une personne physique ou morale de droit privé soumise aux contraintes de la puissance publique. En outre, dans l'instance, l'Administration est le plus souvent dans une position de défendeur. Il en est toujours ainsi dans le cadre du recours pour excès de pouvoir au moins en première instance : bénéficiant du privilège de l'exécution d'office, l'Administration appliquera l'acte qu'elle a édicté ; il reviendra éventuellement à l'administré de le contester par la voie de l'excès de pouvoir : le particulier est forcément dans la situation de demandeur et c'est à lui de supporter la charge de la preuve. Il est vrai que les rôles peuvent être inversés, au moins en apparence, en appel si l'Administra-

---

(1) Sur cette question générale, on peut consulter la thèse de Jean-Pierre Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Th. Paris, L.G.D.J. 1967.

(1bis) Alors que le présent ouvrage était un cours de publication, sont sortis les décrets du 13 juillet 1973 portant codification des textes applicables aux Tribunaux Administratifs. Cette codification ne concerne nullement la procédure suivie devant le Conseil d'Etat.

tion qui a vu l'un de ses actes annulés par le juge se porte requérante ; mais il convient de remarquer que la charge de la preuve n'est pas pour autant renversée : les faits sont alors depuis longtemps établis et les parties ne s'opposent plus que des arguments de droit (2).

Le Conseil d'Etat a souvent essayé d'atténuer les injustices qui pouvaient résulter d'une telle inégalité : il a pu, notamment, en usant de son pouvoir inquisitorial, procéder à un renversement de la charge de la preuve (3) ou bien encore réouvrir les délais du recours pour excès de pouvoir (4).

Cette attitude libérale ne doit pas être méconnue, mais le juge suprême adopte également une autre position qui a généralement été laissée dans l'ombre : en effet, la procédure administrative contentieuse apparaît, par bien des côtés, comme une procédure sans entraves pour l'action administrative, malgré l'inégalité fondamentale des parties en présence. Pour éclairer cet aspect, il conviendra de suivre le déroulement de l'instance devant le Conseil d'Etat ; cette étude révélera les tendances les plus cachées de la Haute Juridiction dans ses rapports avec l'Administration. Nous le ferons en analysant l'autolimitation du Conseil d'Etat d'abord durant la phase préalable à l'arrêt, puis au moment de l'élaboration de celui-ci, enfin lors de son exécution.

— *Chapitre I.* — La phase préalable à l'arrêt.

— *Chapitre II.* — L'élaboration de l'arrêt.

— *Chapitre III.* — L'exécution de l'arrêt.

---

(2) Sur ces points, v. Pactet, *Essai d'une théorie générale de la preuve devant les juridictions administratives,* Th. Paris, Pedone 1952, p. 5-6 et 54-55 ; Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif,* Th. Montpellier, L.G.D.J. 1970, p. 10-11.

(3) C.E., 28 mai 1954, Barel, G.A., p. 412 ; C.E., 21 décembre 1960, Serra et Vicat-Blanc, D. 1960, J. 421, note Chapus ; C.E., 26 janvier 1968, Société « Maison Genestal », G.A., p. 529.

(4) C.E., 10 janvier 1930, Despujol, G.A., p. 187 ; C.E., 10 janvier 1964, Min. de l'Agriculture c. Simonnet, Rec., p. 19 ; C.E., 10 janvier 1964, Syndicat national des Cadres de bibliothèques, Rec., p. 17.

CHAPITRE I

LA PHASE PREALABLE A L'ARRET

Le recours pour excès de pouvoir semble destiné à protéger le particulier par la voie d'une action contentieuse contre les débordements toujours possibles de l'activité administrative. Le Conseil d'Etat considère-t-il toujours le recours dans cette optique ? On peut en douter. S'il adapte généralement ses pouvoirs juridictionnels aux objectifs du recours précédemment énoncés, par contre, il n'en est pas toujours ainsi. Il est bien des cas, en effet, où le juge suprême tend à protéger l'Administration en limitant soit l'efficacité de la requête, soit celle de l'instruction.

— *Section I.* — Limites de l'efficacité de la requête.

— *Section II.* — Limites de l'efficacité de l'instruction.

SECTION I. — LIMITES DE L'EFFICACITE DE LA REQUETE.

Un grand privilège de l'Administration réside dans le caractère non suspensif des recours formés contre ses décisions. Par principe, l'Administration peut exécuter d'office ses propres actes sans s'adresser préalablement à un juge (1). Il existe une présomption de légalité en faveur des décisions administratives qui doivent, avant tout, trouver application : l'action administrative ne doit pas être paralysée par les contestations des administrés.

---

(1) C'est ce que la doctrine désigne généralement par privilège du préalable (en ce sens, André de Laubadère, *Traité élémentaire de Droit administratif*, L.G.D.J. 1970, I, p. 283). Il convient de ne pas confondre cette exécution d'office avec l'exécution forcée qui suppose un refus des administrés de se plier aux décisions de l'Administration ; celle-ci ne peut contraindre les particuliers à l'exécution par la force que dans les hypothèses exceptionnellement prévues par la jurisprudence (V. *infra*, p. 219 et suiv.).

Il est inutile d'insister sur la nécessité de ce principe. Mais il convient également de ne pas ignorer les inconvénients, voire les dangers qu'il recèle. En effet, le juge ne pourra annuler un acte administratif qu'*a posteriori :* « C'est après coup qu'intervient sa censure redoutée » (2). Or l'acte administratif peut épuiser en lui-même tous ses effets dès le commencement de son application. Il en est ainsi des mesures non permanentes. Pour reprendre la célèbre hypothèse de l'affaire Benjamin (3), l'interdiction de la réunion produit toutes ses conséquences du jour où la réunion projetée devait avoir lieu. Le recours contre cette interdiction, du fait de son caractère non suspensif, a un effet platonique qui n'effraie que peu l'Administration et ne préserve point l'administré des inconvénients de l'illégalité. Par ailleurs, certaines mesures administratives entraînent un préjudice irréparable pour les particuliers. Tel est le cas lorsque l'Administration ordonne la démolition d'une maison sur un terrain exproprié ; si la déclaration d'utilité publique vient à être annulée par le juge, alors que l'ordonnance d'expropriation est devenue définitive, le propriétaire indûment dépossédé ne pourra généralement pas retrouver son bien dans son intégralité et, le plus souvent, se verra seulement allouer une indemnité compensatrice (4). Au surplus, ces inconvénients pourront être aggravés par les lenteurs de la procédure administrative contentieuse qui risquent de reporter fort loin le règlement d'un litige qui a entraîné un préjudice irréparable pour le particulier concerné (5).

Aussi est-il apparu nécessaire d'apporter des correctifs au principe du caractère non-suspensif du recours, ce qui a été fait grâce à la procédure de sursis à exécution des décisions administratives. Certes il existe également un référé administratif. Cependant, celui-ci n'est nullement l'équivalent de la procédure civile de référé ; sa portée est beaucoup plus limitée : il ne peut être appliqué dans les matières intéressant l'ordre public, ni permettre de suspendre l'exécution des décisions administratives. Cependant, cette différence de régime ne résulte pas de la volonté du

---

(2) J. Rivero, *Sur la réforme du contentieux administratif,* D. 1951, Chr., p. 163.

(3) C.E., 19 mai 1933, G.A., p. 209 ; en ce sens, V. J. Rivero, *Précis de droit administratif,* Dalloz 1971, p. 245.

(4) A. de Laubadère, *Traité..., op. cit.,* II, p. 227 ; également, André Homont, *L'illégalité des déclarations d'utilité publique et les garanties du droit de propriété,* J.C.P. 1971, I, 2393.

(5) Cf. J. Rivero, *Sur la réforme...,* art. cit., p. 163.

Conseil d'Etat mais de la loi du 18 novembre 1955 portant création de ce référé. Aussi cette procédure n'a-t-elle pas sa place dans le cadre de nos recherches. Nous nous bornerons donc à apprécier l'utilisation par le Conseil d'Etat de la procédure de sursis à exécution des décisions administratives.

Cette procédure est d'inspiration profondément libérale. M. Vught eut l'occasion de le souligner très récemment : « ... il n'est sans doute pas de meilleur exemple de ces garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques que la faculté donnée au juge de l'excès de pouvoir d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des décisions qui lui sont déférées. Quels que soient les effets d'une décision d'annulation rendue sur un recours pour excès de pouvoir, et pour importantes que soient, en pratique, les vertus préventives ou normatives de (la) jurisprudence, rien ne peut sur ce point, et pour l'exercice courant des libertés publiques, remplacer le sursis à exécution. La liberté individuelle est normalement protégée par le juge pénal, mais ce sont au contraire des actes relevant du contrôle du juge administratif qui risquent le plus souvent de menacer l'exercice des libertés publiques. Pour que ces libertés aient, dans certains cas, un contenu réel, il ne suffit pas de pouvoir obtenir une éventuelle annulation. Il faut aussi que le juge puisse, lorsque les conditions posées par la loi, sont réunies, paralyser immédiatement l'action administrative. » (6). Les vertus du sursis à exécution ne sont donc plus à démontrer. Le Doyen Hauriou les avait pressenties dès 1914, dans sa note sous l'arrêt Abbé Lhuillier (7) où il écrivait : « Nous avons idée que dans quelques années d'ici, le recours pour excès de pouvoir, talonné de près par le recours contentieux ordinaire, ne présentera plus d'intérêt que si, grâce à la pratique du sursis, il peut devenir un moyen de faire statuer sur la validité de l'exécution avant l'exécution. » D'un autre côté, l'utilisation du sursis présente également des avantages pour l'Administration qui peut ainsi éviter l'application d'un acte illégal ; on peut craindre qu'en pareil cas cette exécution « aurait des effets manifestement contraires à l'intérêt général que lesdits règlements ont précisément pour principal objet de protéger » (8). Mais l'utilisation de

---

(6) Concl. inédites sur C.E., 8 octobre 1971, S.A. Librairie François Maspero, A.J.D.A. 1971, I, 647, Chr. Labetoulle et Cabanes.

(7) C.E., 7 mars 1913, S. 1914, III, 17.

(8) T.A. Versailles, 28 juin 1955, inédit, analysé par M. Tourdias, *Le sursis à exécution.., op. cit.*, p. 146.

cette procédure par le Conseil d'Etat correspond-elle à ses intérêts théorique et pratique ?

L'histoire du sursis est généralement présentée comme celle d'une libéralisation progressive, toujours plus favorable aux droits des administrés : « les conditions posées pour qu'un sursis puisse être accordé sont devenues moins rigoureuses », affirmait le Commissaire du Gouvernement Dayras en 1938 (9). Cette assertion, même replacée dans le contexte de son époque, ne paraît pas juste. A l'opposé, il apparaît que le domaine du sursis s'est progressivement rétréci comme une peau de chagrin.

Le décret du 22 juillet 1806, contenant règlement sur les affaires contentieuses portées au Conseil d'Etat, pose, en son article 3, le principe du caractère non suspensif du recours sauf « s'il n'en est autrement ordonné ». Le laconisme des textes laisse une grande liberté au Conseil d'Etat qui pourra accorder le sursis « en fonction des circonstances » (10).

Durant la majeure partie du XIX^e^ siècle, le Conseil usera largement de cette liberté, en considérant le plus souvent « qu'il n'y a aucun inconvénient à accorder le sursis à l'exécution de l'acte attaqué » (11). L'allégation de préjudices minimes permettra d'obtenir l'octroi du sursis : ainsi, la simple destruction d'un mur fut considérée comme entraînant un préjudice suffisant (12). Certains arrêts ne font même pas état du préjudice à réparer (13) ; parfois, en l'absence de tout dommage, le sursis sera accordé (14). Il en résulte que les particuliers obtenaient très souvent le sursis à exécution des décisions administratives. Les statistiques rapportées par M. Tourdias, dans sa thèse, sont formelles (15). De 1817 à 1827, le sursis est prononcé tous les ans par le Conseil d'Etat, jusqu'à 7 fois en 1822. Durant la première moitié du XIX^e^ siècle, il sera prononcé une cinquantaine de fois.

1888 : l'arrêt Sœurs hospitalières de l'Hôtel-Dieu (16) de Paris

---

(9) Concl. sur C.E., 12 novembre 1938, Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions, S. 1939, III, 65.

(10) V. commentaires de Cormenin rapporté *in* J.-B. Duvergier. *Collection complète des lois,* Guyot 1836, T. XVI, p. 12, note 2.

(11) C.E., 24 décembre 1823, Leblond, Rec., p. 861.

(12) C.E., 13 août 1823, Decaix, Rec., p. 635.

(13) C.E., 28 novembre 1821, Hall, Rec., p. 535.

(14) C.E., 2 août 1826, Ville de Salives, Rec., p. 455.

(15) Maurice Tourdias, *Le sursis à exécution des décisions administratives,* Th. Bordeaux, L.G.D.J. 1957, p. 64 et suivantes.

(16) C.E., 23 novembre 1888, Sœurs hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Paris, Rec., p. 874, Concl. Marguerie.

marque un coup de frein au développement du sursis à exécution. En l'espèce ce dernier est seulement accordé parce que « s'il était procédé à l'exécution provisoire de l'arrêté attaqué et que celui-ci vint ensuite à être annulé, il en pourrait résulter des *difficultés graves, préjudiciables aux intérêts mêmes d'un service public* ». Cet arrêt est primordial dans la mesure où, éclairé par les conclusions du commissaire du gouvernement (17), il montre la volonté du Conseil de limiter le domaine du sursis. Celui-ci ne sera accordé qu'à trois conditions : il faut d'abord que le pourvoi soit fondé sur des moyens sérieux ; il est, ensuite, nécessaire que l'exécution de la décision attaquée cause au requérant un préjudice grave, d'une réparation impossible au cas d'exécution immédiate ; il faut enfin qu'il y ait une raison d'intérêt public de faire fléchir le principe du caractère non suspensif du recours. En l'espèce, c'est le souci de protéger la continuité du service hospitalier qui a conduit le Conseil à prononcer le sursis. Finalement, c'est donc bien la volonté de protéger le bon fonctionnement de l'Administration qui amènera le Conseil d'Etat à accorder le sursis.

Les deux premières règles furent, par la suite, constamment appliquées sous l'empire du décret de 1806 et explicitement rappelées en 1938 dans l'arrêt Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions (18).

Il en résulta une réduction considérable des hypothèses d'octroi du sursis : de 1900 à 1953, le sursis ne fut prononcé que 14 fois alors que le nombre d'affaires portées devant le Conseil d'Etat était beaucoup plus élevé qu'au XIX^e^ siècle (19).

Durant toute cette période, le Conseil d'Etat était le seul maître du contentieux administratif et il s'imposait à lui-même des limites dans l'octroi du sursis à exécution. Or la réforme de 1953 a fait du Conseil d'Etat un juge administratif d'exception. Le décret du 28 novembre 1953 a réglementé cette procédure devant les Tribunaux Administratifs. Ces derniers ne peuvent prononcer le sursis qu'à titre exceptionnel et encore faut-il que la décision administrative concernée « n'intéresse ni le maintien de l'ordre, ni la sécurité, ni la tranquillité publique » (20). Le gouvernement

(17) *Eod. loc.*
(18) G.A., p. 252.
(19) Tourdias, *Le sursis à exécution..., op. cit.*, p. 199. Sur la pratique actuelle du sursis, on peut consulter la thèse de M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, Th. Paris, L.G.D.J. 1972, p. 261 et suiv.
(20) Art. 22 du décret 53-1169 du 28 novembre 1953.

manifeste donc clairement sa volonté de voir l'octroi du sursis à exécution cantonné dans d'étroites limites (21) et il ne sera pas déçu dans son attente. Le Conseil d'Etat, fidèle à sa tradition jurisprudentielle, a continué à soumettre le bénéfice du sursis à exécution à des conditions draconiennes et les a imposées, lorsqu'il était juge d'appel, aux juridictions du premier degré. Ce sont ces conditions que nous voudrions maintenant reprendre.

La première d'entre elles réside dans le fait que le pourvoi doit être fondé sur des « motifs sérieux » (22). Le sursis doit, selon le Conseil, être refusé si les motifs sont purement dilatoires ou manifestement mal fondés, si la requête doit être, de toute évidence, rejetée de prime abord. La jurisprudence est, du reste, de plus en plus sévère en ce sens (23). Le Conseil d'Etat, par la voix de ses commissaires du gouvernement (24), a précisé la notion de « moyens de nature à justifier une décision de sursis » : ce sont ceux qui donnent à la requête les plus solides chances de succès, ceux qui entraîneront très probablement l'annulation de la décision attaquée. Et le Conseil d'entreprendre une étude approfondie et minutieuse de la valeur juridique des motifs. Une semblable méthode conduit en pratique à un examen au fond des moyens dès la demande de sursis. En réalité, le Conseil d'Etat ne semble plus se contenter de moyens sérieux, mais paraît exiger des moyens fondés — ce qui restreint d'autant le champ d'application de la procédure de sursis. Le Conseil est, en effet, très strict quant aux preuves d'illégalité que doivent avancer les particuliers : aussi analysera-t-il avec beaucoup de minutie les moyens devant lui soulevés (25).

Assez curieusement, cette obligation ne fut progressivement imposée qu'aux demandes de sursis émanant de particuliers. A

---

(21) Il faut cependant noter qu'un décret du 28 janvier 1969 semble avoir élargi les possibilités d'octroi du sursis par les Tribunaux administratifs : ceux-ci paraissent désormais pouvoir l'accorder même lorsque les décisions intéressent la sécurité et la tranquillité ; ce texte réglementaire n'excluant, en effet, le sursis qu'en matière « d'ordre public » (en ce sens, V. Odent, *Contentieux*... 1970-1971, *op. cit.*, p. 917).

(22) C.E., 12 novembre 1938, Chambre syndicale des constructeurs moteurs d'avions, précité.

(23) M. Tourdias, *Le sursis à exécution*... *op. cit.*, p. 120.

(24) V. par ex., Concl. Laurent sur C.E., 1er octobre 1954, Min. des Finances c. Crédit coopératif foncier, Rec., p. 472.

(25) C.E., 17 juin 1955, Min. de l'Industrie et du Commerce c. Assoc. pour la sauvegarde du Parc des Sports, A.J.D.A. 1955, II, 288, concl. Laurent et note Copper-Royer ; C.E., 11 octobre 1963, Aguzoue, A.J.D.A. 1963, II, 626, concl. Braibant et chr. Fournier.

l'inverse — et la démonstration se prolonge ici dans le domaine du plein contentieux — la preuve du caractère sérieux des moyens n'a plus été exigée par le Conseil d'Etat, à partir de 1959, des collectivités publiques qui formaient appel contre des jugements de Tribunaux administratifs les condamnant à réparation (26).

En effet, en pareil cas, le sursis profite à l'Administration qui, malgré le caractère non suspensif de l'appel, se verra reconnaître un moyen juridique de ne pas exécuter une décision juridictionnelle. Cette jurisprudence, sans doute destinée à sauvegarder les intérêts financiers des collectivités publiques, montre bien que l'utilisation de la procédure de sursis n'est peut-être pas tant destinée à protéger les particuliers que l'Administration. Du reste, sur ce point comme sur bien d'autres, le décret du 30 juillet 1963 devait se borner à codifier les règles jurisprudentielles antérieurement dégagées par le Conseil d'Etat (27).

Une seconde condition complète la précédente ; l'effet non suspensif du recours sera infléchi « lorsque son application à un litige donné risquerait d'entraîner pour le requérant un préjudice grave ou de créer une situation difficile à modifier » (28). En pratique, l'étude de la jurisprudence montre que le sursis sera rarement ordonné dans le simple intérêt privé du requérant : ainsi le Conseil d'Etat n'a pas accordé le sursis à l'exécution d'une décision administrative portant refus de délivrer un diplôme de chirurgien-dentiste, car il a considéré que si, en l'espèce, le préjudice causé était grave, il était d'ordre purement privé (29). En

(26) C.E., 12 juin 1959, Min. des Finances et des Affaires Economiques c. Sté « Affinerie havraise » ; C.E., 15 juillet 1959, Association syndicale de reconstruction d'Orléans, A.J.D.A. 1959, II, 266 et p. 159, chr. Combarnous et Galabert. Sur ce point, V. Charles Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Th. Aix, L.G.D.J. 1961, p. 327-328.

(27) Art. 54, al. 2 du décret 63-766 du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat (*J.O.*, p. 7107) : « Lorsqu'il est fait appel devant le Conseil d'Etat par une personne autre que le demandeur en première instance d'un jugement de Tribunal administratif statuant sur un litige de pleine juridiction, les sous-sections réunies, la section ou l'assemblée du contentieux peuvent à la demande de l'appelant ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement, si celle-ci risque d'exposer l'appelant à la perte définitive d'une somme qui ne devrait pas rester à sa charge dans le cas où ses conclusions d'appel seraient accueillies. »

(28) Concl. Dayras précitées ; pour un arrêt récent, V. C.E., 13 janvier 1971, Min. de l'Equipement et du Logement et Epoux Biard c. Sieur Cavalade, Rec. p. 40 : le juge suprême, en l'espèce, accorde le sursis à l'exécution d'un arrêté ministériel autorisant une opération de déboisement car l'exécution de cet arrêté apporterait à l'état des lieux des changements impossibles à effacer si la décision administrative litigieuse venait à être ultérieurement annulée.

(29) C.E., 20 janvier 1965, Rousseau, Rec. p. 1017.

pareil cas, il devra être irréparable, c'est-à-dire insusceptible d'être aboli par une remise en état ou compensé par une indemnité en argent... et le Conseil d'Etat admettra facilement que le préjudice se résolvant en dommages-intérêts ne justifie pas un sursis (30). Par contre, le Conseil se montrera beaucoup plus large pour apprécier la gravité du préjudice invoqué lorsque l'exécution de la décision litigieuse risque de porter atteinte à un intérêt public. Le sursis a notamment été ordonné relativement à une décision refusant l'inscription d'un médecin au tableau de l'Ordre en invoquant « le trouble irréparable dans le fonctionnement de la clinique mutualiste de Bordeaux où le sieur Rousset exerce la profession de chirurgien » (31). En l'espèce, c'est la nature particulière de l'emploi du médecin qui a entraîné le sursis.

En outre, il convient de souligner que cette condition tenant à la nature du préjudice allégué n'est pas applicable aux recours formés par les collectivités publiques contre les jugements annulant, pour excès de pouvoir, certains de leurs actes : en pareil cas, les personnes publiques n'ont à prouver que le caractère sérieux des moyens invoqués à l'appui de leur requête. Ainsi, dans une affaire récente intéressant l'enseignement, le juge suprême a accordé le sursis à l'exécution d'un jugement du Tribunal administratif — les moyens invoqués par le Ministre de l'Education nationale paraissant, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier le rejet des conclusions à fins d'annulation accueillies par le juge du premier degré (32). Là encore cette jurisprudence d'exception en faveur de la puissance publique révèle bien la volonté de la protéger.

Le respect de ces deux conditions relatives à la gravité du préjudice et au sérieux des moyens a été imposé par le Conseil d'Etat aux Tribunaux administratifs. Ces derniers ont tenté, immédiatement après la réforme du contentieux de 1953, de libéraliser l'octroi du sursis à exécution des décisions administratives. En ce sens, ils ont, d'une part, essayé de s'affranchir de la première condition relative au sérieux des moyens invoqués (33). Le Conseil

---

(30) C.E., 25 avril 1969, Consorts Maurel, A.J.D.A., 1969, II, 364, note Homont.

(31) C.E., 13 mai 1949, Rousset, Rec. p. 221.

(32) C.E., 13 juillet 1968, Min. de l'Education nationale c. Institution Saint-Dominique, Rec. p. 466 ; dans le même sens C.E., 15 mars 1968, Min. de l'Intérieur c. Lopez, Rec. p. 1025.

(33) T.A. Paris, 31 mars 1955, Assoc. pour la sauvegarde du Parc des Sports, A.J.D.A., 1955, II, 288 ; T.A. Marseille, 7 octobre 1955, Sté commerciale des riz et légumes secs c. O.N.I.C., A.J.D.A., 1955, II, 440, concl. Heurte.

d'Etat a systématiquement sanctionné ces tentatives (34). Il a sèchement rappelé aux juridictions inférieures que chacune des conditions, par lui posées, à l'octroi du sursis, était nécessaire mais, à elle seule insuffisante. Le commissaire du gouvernement Laurent a bien exprimé en 1955 dans l'affaire Ministre de l'Industrie et du Commerce, le coup d'arrêt volontaire et définitif que la haute assemblée entendait donner, sur ce point, aux débordements des tribunaux du premier degré : « Il importe de rappeler aux juridictions administratives de premier ressort que votre jurisprudence exige la réalisation cumulative de deux conditions pour que le sursis puisse être accordé et *qu'il ne saurait être question, sur ce point, d'une évolution jurisprudentielle.* » (35). D'autre part, les Tribunaux du premier degré ont tenté de se montrer très larges dans l'appréciation de la gravité du préjudice allégué (36). Plus proches des justiciables, ils ont, sans doute, ressenti davantage que la juridiction suprême l'injustice que constitue l'exécution d'un acte dont le premier examen révèle l'illégalité. Mais le Conseil d'Etat, ici encore, a paralysé le mouvement en rappelant les Tribunaux administratifs au respect des règles qu'il a lui-même posées (37) ; selon une formule laconique, le préjudice invoqué par le requérant doit être « susceptible de justifier une décision de sursis » (38).

Prenant acte de cette position très stricte qui a toujours été celle du Conseil d'Etat, le gouvernement a cru bon de la codifier dans l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 (39).

Tout récemment, le Conseil d'Etat a posé une troisième condition à l'obtention du sursis à exécution ainsi qu'il résulte d'un

---

(34) C.E., 22 octobre 1954, Sté Soprogil, A.J.D.A., 1954, II, 440 ; C.E., 17 juin 1955, Min. de l'Industrie et du Commerce, précité.

(35) Concl. sur C.E., 17 juin 1955, Min. de l'Industrie et du Commerce c. Association pour la sauvegarde du Parc des Sports, A.J.D.A., 1955, II, 288.

(36) T.A. Alger, 8 juin 1954, Groffal, A.J.D.A., 1954, II, 285 ; T.A. Caen 17 juillet 1955, Lepetit, A.J.D.A., 1955, II, 324 ; T.A. Lyon, 18 décembre 1968, Sieur Pupier, A.J.D.A., 1969, II, 262.

(37) C.E., 18 juin 1954, Préfet du Var, Rec. p. 365, D. 1954, III, 93, note Braibant ; C.E., 9 mai 1957, époux Fayermann, Rec. p. 993.

(38) C.E., 18 juin 1954, Préfet du Var, précité.

(39) Art. 54, al. 4 : « ... le sursis peut être ordonné, à la demande du requérant, par la section ou par l'assemblée du contentieux, si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée. »

arrêt du 23 janvier 1970 (40) : en l'espèce, il n'a pas accordé le sursis à l'exécution d'un refus, émanant du Doyen de la Faculté de Médecine de Marseille, de procéder au classement (41) des étudiants en médecine susceptibles d'être nommés internes au titre de l'année 1968 et de leur communiquer leurs notes. La motivation donnée par le juge mérite d'être rappelée : « Considérant que le juge administratif n'a pas qualité pour adresser des injonctions à l'Administration ; que les Tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat ne peuvent donc, en principe, ordonner le sursis à l'exécution d'une décision qui leur est déférée *que si cette décision est exécutoire ;* qu'en revanche ils n'ont pas le pouvoir d'ordonner qu'il sera sursis à l'exécution d'une décision de rejet sauf dans le cas où le maintien de cette décision entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement. » Le sursis ne sera donc désormais accordé par les juridictions administratives qu'aux décisions exécutoires. C'est là une condition nouvelle de recevabilité du sursis. Mais qu'est-ce qu'une décision exécutoire ? C'est, selon M. Rivero (42), « l'acte dans lequel l'Administration met en œuvre (son) pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques. » Ce clivage ne recouvre pas exactement la distinction des décisions positive et négative. En effet, un refus peut modifier une situation de fait antérieure et donc constituer une décision exécutoire susceptible de sursis (43). A l'inverse, s'il ne modifie aucune situation juridique antérieure, le refus sera insusceptible de sursis : ainsi en est-il, par exemple, du refus d'admission à concourir (44). Comment expliquer la position du Conseil ? Il nous le dit lui-même : il n'a pas la possibilité de donner des ordres à l'Administration. Or lever temporairement le refus aboutirait à obliger l'Administration à accorder l'avantage sollicité ; ce serait lui imposer une obligation de faire — alors qu'une annulation sur excès de pouvoir n'aurait pas des conséquences aussi

---

(40) C.E., 23 janvier 1970, Min. d'Etat chargé des Affaires sociales c. sieur Amoros, A.J.D.A., 1970, II, 175, note Delcros et chr. Labetoulle et Cabanes, p. 609.

(41) Le classement appartient formellement au médecin inspecteur régional de la santé ; le Doyen ne fait que lui communiquer les notes de ses étudiants.

(42) Rivero, *Précis..., op. cit.*, p. 89.

(43) En ce sens, V. C.E., 13 mai 1949, Rousset, précité ; C.E., 21 octobre 1970, dame Simone de Beauvoir et sieur Leiris, A.J.D.A., 1970, II, 617 et 609, Chr. Labetoulle et Cabanes.

(44) Maurice Ahahanzo Glélé, *Le sursis à exécution d'une décision administrative négative,* D. 1969, Chr. p. 161.

poussées : elle replacerait seulement l'Administration dans la situation où elle se trouvait avant d'édicter l'acte en la laissant libre de le reprendre ou d'en refaire un autre. Cette argumentation ne laisse pas de susciter des critiques ainsi qu'en témoignent les conclusions contraires de M^me^ Questiaux en la présente affaire. En pareil cas, en effet, si le juge avait accordé le sursis, son arrêt n'aurait pas pu s'analyser au fond en une injonction mais seulement en une invitation pressante faite aux autorités administratives de reconsidérer les fondements de leur refus. Par ailleurs — et inversement — le prononcé du sursis et l'annulation ont bien le même genre d'effets : dans les deux hypothèses, l'Administration devrait être finalement amenée à accorder le bénéfice, l'avantage ou le droit sollicité (45).

Le Conseil d'Etat s'attache donc, avant d'ordonner le sursis, à examiner le caractère de la décision qui lui est déférée, alors qu'il devrait uniquement prendre en considération les conséquences ou les effets de celle-ci. Attitude qui s'explique par le fait que le juge suprême tient essentiellement à ne pas s'immiscer dans l'exercice par l'Administration de ses compétences. Il a le souci de ne pas gêner l'Administration active, selon le propre aveu de M. Puget (46) ; celle-ci est supposée poursuivre l'intérêt général et la Haute Juridiction ne veut pas l'entraver dans son action.

Un exemple caractéristique tiré du droit de la construction illustrera notre assertion. Lorsqu'une demande de sursis à exécution est requise à l'encontre d'un permis de construire qui avait été donné à tort, le Conseil d'Etat accordera le sursis à exécution dès que les conditions que nous avons mentionnées plus haut sont remplies : la jurisprudence sur le permis de construire est le terrain d'élection du sursis à exécution (47), car le juge administratif statue alors, le plus souvent du moins, entre des intérêts privés. Mais lorsque le particulier requiert le sursis à exécution d'une déclaration d'utilité publique, le juge administratif sera moins large au moins si la décision considérée ne fait qu'atteindre

---

(45) V. en ce sens M. Waline, R.D.P., 1970, p. 1306 et suiv.

(46) *Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat,* Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Sirey, 1952, p. 125.

(47) V. en ce sens G. Liet-Veaux, *Permis de construire,* J.C.A. fasc. 452, n° 57. Ainsi nous avons pu relever que le Conseil d'Etat avait, en 1970, accordé deux fois le sursis à l'exécution d'une décision administrative et, dans les deux hypothèses, il s'agissait de surseoir à l'exécution d'un permis de construire (C.E., 8 juillet 1970, Schwetzoff, Rec. p. 475 ; C.E., 2 décembre 1970, Min. de l'Equipement et du Logement c. commune de Piscop, Rec. p. 732).

un intérêt privé : l'intérêt général que représente la déclaration d'utilité publique doit être sauvegardé à tout prix et le juge se montrera très réticent pour accorder le sursis. L'expropriation correspond aux intérêts majeurs de la nation ; elle est réalisée en vue de satisfaire un intérêt public qui ne saurait être différé (48). Permis de construire et déclaration d'utilité publique, sont deux hypothèses nettement distinguées, dans cette optique, par M. Henry dans ses conclusions sur l'affaire Ministre de la Construction c. Morel (49) : « Le permis de construire est accordé à un particulier dans un intérêt privé, et même parfois commercial, spéculatif. Il est normal que la réalisation du but ou de la spéculation poursuivie par cet intérêt privé soit différée quand cette réalisation risque de compromettre d'autres intérêts, privés également... Par contre, il est beaucoup plus anormal d'accorder le sursis à l'exécution d'une décision administrative lorsque cette décision traduit un intérêt public évident, et que, seul, un intérêt privé s'oppose à son exécution. » Le Commissaire du gouvernement rapporte l'exemple typique fourni par la construction du barrage de Malpasset (50) : le Conseil d'Etat a refusé de surseoir à l'exécution de l'arrêté de cessibilité des terrains nécessaires à l'édification de l'ouvrage au motif que le préjudice dont se prévalait le requérant n'avait pas un caractère de nature à justifier le sursis. Et pourtant la construction de l'ouvrage incriminé devait bouleverser l'état des lieux, lui apporter des changements qu'il serait impossible de modifier par la suite. Au fond, le Conseil d'Etat s'en est tenu à l'idée émise par son commissaire du gouvernement et selon laquelle « il y avait à la réalisation du barrage un intérêt général tel qu'un simple intérêt privé ne pouvait en différer la réalisation. » Il apparaît donc que l'intérêt général peut être utilement invoqué par l'Administration pour fonder le rejet d'une demande de sursis. Si l'atteinte à cet intérêt public n'est pas, comme l'avait pensé le Commissaire du Gouvernement Marguerie (51), une condition d'octroi du sursis à exécution (52), par contre, elle joue un rôle

---

(48) C.E., 25 avril 1969, consorts Maurel, A.J.D.A., 1969, II, 364, note A. Homont.

(49) C.E., 27 mars 1963, A.J.D.A., 1963, II, 497.

(50) C.E., 21 février 1958, Sté des Mines de Garrot, Rec. p. 122.

(51) Concl. précitées sur C.E., 23 novembre 1888, Sœurs hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Paris.

(52) Parfois, le Conseil d'Etat a cependant expressément repris cette condition. En ce sens, C.E., 28 décembre 1918, Dadolle, Rec. p. 883 ; C.E., 13 mai 1949, Rousset, Rec. p. 221.

certain dans la détermination du juge suprême. Ce dernier, en face d'un intérêt public évident, fera fléchir l'application des conditions qu'il a lui-même posées à l'octroi du sursis dont il refusera alors le bénéfice. Cette attitude révèle le grand désir du Conseil d'Etat de protéger les prérogatives de l'Administration.

Un arrêt récent confirme ce point de vue (53). Le contexte de l'affaire est politique : en juin 1970, s'est formée une association dite des « Amis de la cause du Peuple » destinée à « assurer la défense des intérêts moraux, juridiques et matériels » du journal correspondant. Cette association a demandé à la préfecture de police récépissé de la déclaration de ses statuts : un refus verbal lui fut opposé le 16 juin 1970. Un recours fut alors intenté devant le Tribunal administratif de Paris pour obtenir le sursis à exécution de ladite décision de refus. La requête fut rejetée au motif qu'aucun préjudice irréparable n'était invoqué quel que soit le sérieux des moyens. En appel, le Conseil d'Etat confirma ce jugement. Pourtant — ainsi que le relèvent les juges — le caractère sérieux des moyens était certain : la liberté d'association est un principe fondamental reconnu par la Constitution. Le régime qui lui est appliqué n'est nullement préventif : aussi a-t-il été jugé que le préfet ayant compétence liée ne pouvait refuser de délivrer le récépissé (54). Mais le préjudice subi ne serait pas irréparable. On pouvait en douter : l'atteinte à l'exercice d'une liberté publique n'a pas son équivalent pécuniaire... surtout lorsque l'association concernée n'a pas de but lucratif. En réalité, sa raison d'être est d'aider les personnes poursuivies ou emprisonnées pour activités politiques. Aussi, sous peine d'être relativement inefficace, doit-elle disposer de la plénitude des moyens juridiques auxquels elle peut prétendre. Cependant, le Conseil d'Etat rejette la demande de sursis au motif que le préjudice allégué « ne présente pas, dans les circonstances de l'affaire, un caractère de nature à justifier le sursis à exécution ». En réalité — et au fond — on se rend bien compte que lorsqu'un intérêt public s'oppose au sursis à exécution de la décision administrative, le Conseil d'Etat ne le prononcera pas.

Le Conseil d'Etat pose donc des conditions, non prévues par les textes, à l'octroi du sursis. Ces conditions sont très rigoureuses — contrairement à l'opinion exprimée par M. Dupuis (55) — et

(53) C.E., 21 octobre 1970, dame Simone de Beauvoir et sieur Leiris, précité.
(54) C.E., 24 octobre 1970, Prunget, Rec. p. 865.
(55) *Les privilèges de l'Administration, op. cit.*, p. 256-257.

elles sont posées volontairement par le Conseil d'Etat. On ne saurait objecter, comme le fait M. Dupuis (56), reprenant les observations de M. Braibant (57), que le Conseil d'Etat est lié par les textes : « Ce que le Conseil d'Etat a fait et bien fait au début du siècle, aucun juge ne pourra plus le faire désormais : ni les Tribunaux administratifs en vertu de la jurisprudence Van Peborgh, ni le Conseil d'Etat lui-même, le juge d'appel ne pouvant disposer de pouvoirs plus étendus que le juge de première instance. » Cette argumentation ne paraît pas déterminante. Nous avons vu que le Conseil d'Etat — bien avant la réforme de 1953, puisque dès la fin du XIX[e] siècle — avait posé de strictes conditions à l'octroi du sursis. En outre la réglementation de 1953 introduit seulement une limitation quant au domaine du sursis : les conditions tenant au sérieux des moyens et au caractère du préjudice ont été exclusivement posées par le Conseil d'Etat jusqu'au décret du 30 juillet 1963 ; celle relative à la nature de la décision attaquée l'a été, depuis lors, par cette même juridiction.

Comment expliquer cette autolimitation ? Seule une perspective historique permet de l'éclairer. Nous avons indiqué (58) que durant les trois premiers quarts du XIX[e] siècle, le Conseil prononçait souvent le sursis à exécution des décisions administratives. En effet, jusqu'en 1872, le Conseil d'Etat napoléonien, issu du Conseil du Roi d'Ancien Régime, fonctionne dans un système de justice retenue. Aussi, étant parfaitement intégré à l'Administration, il n'hésite pas à s'ériger en supérieur hiérarchique de celle-ci (59). Le Conseil d'Etat se met alors aux lieux et place de l'auteur de l'acte dont il s'autorise souvent à suspendre l'exécution. Par contre, lorsque le Conseil d'Etat, détaché de l'Administration, sera érigé en juridiction autonome, il considérera de son devoir de manifester une certaine réserve à l'égard des activités

(56) *Eod. loc.*

(57) Note sous C.E., 26 novembre 1954, Van Peborgh, A.J.D.A., II, 486.

(58) *Supra*, p. 28.

(59) Edouard Laferrière soulignait déjà : avant la loi du 24 mai 1872, « le Conseil d'Etat, qui rendait ses décisions au nom du chef suprême de l'Administration, avait alors plus de latitude que n'en pouvait avoir un tribunal administratif, si haut qu'il fût placé, pour créer en dehors des textes et pour faire accepter aux administrateurs de tout ordre, un contrôle chaque jour plus sévère de la légalité de leurs actes » (*Traité de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 1896, II, 412). Sur cette question, on peut consulter la thèse de René Ladreit de Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle*, Th. Paris, Sirey, 1937. V. également Jean-Marie Auby, préface à la thèse de M. Tourdias, *Le sursis..., op. cit.*, p. VII.

de l'Administration. En conséquence, le sursis aura un caractère tout à fait exceptionnel, ainsi qu'en témoigne le Commissaire du gouvernement Laurent : « A moins que la puissance publique n'y consente elle-même, le droit public comme l'opportunité administrative répugnent au sursis imposé par le juge. L'on pourra faire valoir qu'il met pratiquement en échec le privilège de l'action d'office et qu'il n'est pas loin de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs. Dans les faits, l'autorité de l'Administration sera battue en brèche, son action sera " énervée ", en même temps que le nécessaire prestige des ministres et des hauts fonctionnaires verra ternir son éclat » (60).

Cette attitude trop libérale du Conseil d'Etat à l'égard de l'Administration a été dénoncée par la doctrine dont les professeurs Rivero (61) et Weil (62) se sont faits essentiellement les porte-parole. Alors que les illégalités se multiplient — ne serait-ce que du fait des interventions toujours plus nombreuses de la puissance publique dans les domaines les plus variés — il convient de souligner « l'urgence d'un élargissement notable de la jurisprudence relative au sursis à l'exécution. »

Une première solution a été proposée en ce sens par M. Mathiot qui souhaiterait que certaines formations juridictionnelles spécialisées aient pour tâche de connaître des demandes de sursis qu'il faudrait admettre « comme une institution normale de notre organisation juridictionnelle » (63). Ce procédé aurait l'avantage de permettre une institutionalisation contentieuse de la procédure de sursis qui, jusqu'à présent, n'a fait qu'une bien timide apparition dans notre droit administratif. Mais, outre les difficultés qui auraient trait à la constitution et à la spécialisation desdites juridictions, encore faudrait-il procéder à une large information du public concerné et spécialement des avocats qui semblent par trop souvent ignorer l'existence même de la procédure de sursis.

Une autre solution a été présentée par M. Debbasch (64) qui propose de supprimer la procédure de sursis et de la remplacer par un « référé de fond » : par cette voie, le requérant pourrait saisir le juge au cas où l'exécution d'une décision administrative

(60) Concl. sur C.E., 1er octobre 1954, Ministre des Finances et Affaires économiques c. Crédit coopératif foncier, Rec. p. 492.

(61) J. Rivero, *Le système français...* art. cit., p. 813 et suiv.

(62) P. Weil, *Le Conseil d'Etat : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique*, Annales Faculté Droit Aix, 1959, p. 279.

(63) Note A. Mathiot, sous C.E., 22 juillet 1949, Sté des automobiles Berliet et Cie, S. 1951, III, 6.

(64) G. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse... op. cit.*, p. 321.

s'avérerait de nature à lui causer un préjudice irréparable. S'il en était bien ainsi, le juge examinerait immédiatement au fond la validité de l'acte administratif en cause — ce qui éviterait la procédure de la suspension provisoire que le juge considère souvent comme incompatible avec l'intérêt général...

La politique jurisprudentielle en matière de sursis est un des aspects caractéristiques de la volonté du Conseil d'Etat de protéger les prérogatives de la puissance publique en même temps que d'assurer l'efficience de l'acte administratif. Le législateur a enserré dans des règles relativement lâches le bénéfice du sursis dont l'utilisation a été laissée, au moins jusqu'en 1963, à la discrétion du Conseil d'Etat. Ce dernier a délibérément posé des conditions très strictes à l'octroi du sursis, limitant ainsi son utilisation (64[bis]).

SECTION II. — LIMITES DE L'EFFICACITE DE L'INSTRUCTION.

La sous-section du Conseil d'Etat saisie du dossier devra procéder à l'instruction de l'affaire qui lui est soumise.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, procès fait à un acte, il n'y a, en théorie, qu'une partie : le requérant (65). Mais une analyse réaliste de la situation a conduit très tôt la doctrine à s'apercevoir que derrière l'acte administratif attaqué se profilait l'Administration. Dès lors, se trouvent opposées deux parties dont le poids respectif est très inégal : d'un côté, l'Administration — représentée devant le Conseil d'Etat par les ministres — incarnation de la puissance publique ; d'un autre côté le requérant généralement une personne privée. L'inégalité des parties en présence est, du reste, accentuée par la règle procédurale qui veut que

---

(64[bis]) Alors que le présent ouvrage était en cours de publication, le P[r] Waline fit ressortir à propos d'un récent arrêt (C.E., 26 janvier 1973, Association de défense du lotissement de Terris) un nouvel aspect de la réserve du Conseil d'Etat en matière de sursis : en l'espèce, le Conseil a attendu 13 mois avant de se prononcer en appel sur un recours comportant des conclusions à fin de sursis à exécution d'un permis de construire. M. Waline a bien souligné le dilemme dans lequel le juge s'enfermait — en faisant de la procédure de sursis une procédure inefficace (si l'Administration a, entre-temps, exécuté l'acte litigieux) ou une procédure dilatoire (si l'Administration scrupuleuse a cru bon de ne pas exécuter sa décision avant la sentence du juge). Le sursis à exécution est alors vidé de toute signification. A cause de la lenteur des procédures d'instruction (M. Waline, *Le sursis à exécution est-il une procédure d'urgence, ou une procédure dilatoire ?* R.D.P. 1973, p. 1059).

(65) C. Debbasch, *Procédure administrative... op. cit.*, p. 316.

la charge de la preuve incombe au demandeur, c'est-à-dire, en pratique, au particulier. Or cette preuve est souvent très délicate à fournir (66) : la personne privée est un tiers par rapport à l'acte administratif et n'a pas participé à son élaboration à la différence de ce qui est dans le contentieux contractuel. Il lui sera donc extrêmement difficile de rapporter une preuve de l'illégalité interne de l'acte. Aussi le juge devra-t-il procéder à une « répartition de la charge de la preuve » (67) entre les parties qui se présentent devant lui... mais c'est une répartition bien inégale qui en sera la résultante !

« *Actori incumbit probatio* ». Tel est le droit commun : la répartition de la charge de la preuve est favorable au défendeur, en règle générale l'Administration. Il n'est pas inutile d'insister sur le caractère paradoxal de la règle qui aboutit à favoriser la Puissance publique. Partie qui est pourtant originairement la plus forte dans l'instance. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la preuve est plus difficile à apporter que dans le plein contentieux. Le particulier qui demande l'annulation d'un acte réglementaire n'a généralement pas eu de rapports avec l'Administration avant l'intervention de la décision litigieuse (68). Le fardeau de la preuve n'est guère plus léger lorsqu'une décision non réglementaire est attaquée. Le contentieux des sanctions administratives en fournit une illustration caractéristique. En droit pénal, l'inculpé est dans une position de défendeur : au Ministère public revient de prouver la culpabilité du prévenu présumé innocent. C'est en renversement de cette présomption que l'on assiste en droit administratif. Il revient à l'administré pénalisé et frappé par la sanction administrative de s'ériger en demandeur et d'établir son innocence (69). L'instruction l'aidera-t-elle à fournir cette preuve ? ou bien, ici encore, le juge limitera-t-il ses pouvoirs ?

L'instruction est à la discrétion du juge. Cela signifie que le juge a l'initiative exclusive des mesures qui s'y rattachent. « En aucun cas, le requérant ne peut (le) contraindre à prendre une mesure d'instruction en vue d'assurer la vérification de ses propres allégations, soit de celles de l'autorité administrative. » (70).

(66) *Ibid.*, p. 380.

(67) Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant les juridictions administratives, op. cit.*, p. 95 et suiv.

(68) V. R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle, *Les pouvoirs d'instruction du juge administratif*, E.D.C.E., 1970, p. 87.

(69) V. note G. Liet-Veaux sous C.E., 1er juin 1943, Magnas, S. 1943, III, 37.

(70) Note Chapus sous C.E., 21 décembre 1960, Serra et Vicat-Blanc, D. 1960, J. 424.

Or, ajoute M. Chapus, « la production des moyens de preuve ne doit pas dépendre uniquement de la volonté du juge. » Cette remarque est d'autant plus fondée que le Conseil d'Etat est souvent réticent pour ordonner des mesures d'instruction : ainsi en est-il particulièrement en matière de détournement de pouvoir (71), car le juge craint de troubler l'action administrative. Dans une telle hypothèse, les méthodes utilisées conduisent à ne mettre à la disposition du plaideur que des moyens de preuve objectifs, alors que la preuve à apporter est d'ordre subjectif ; le juge établit sa conviction au vu des éléments du dossier, alors qu'il faudrait rechercher intentions et mobiles des auteurs de l'acte attaqué (72).

Les mesures d'instruction sont effectuées par le juge (visites des lieux, interrogatoires) ou sous son autorité (expertises). Mais, en outre, le juge peut demander à l'Administration d'effectuer certaines recherches ou vérifications concernant les faits litigieux, voire de faire procéder à une enquête. Il demande alors à l'Administration active, partie au procès, de participer, comme auxiliaire de la justice administrative, à l'établissement de la vérité (73). Cette recherche est effectuée unilatéralement et librement par l'Administration. Aussi la partialité de cette procédure est-elle à redouter (74) bien que l'autorité vérificatrice ne soit pas, en principe, elle-même partie au litige. Car l'administration n'est tenue de suivre aucune procédure contradictoire : elle n'a ni à informer préalablement, ni à convoquer l'administré (75). Celui-ci n'a que le droit à la communication de ces pièces avant la clôture de l'instruction. De ce fait, le juge peut encore défavoriser le demandeur.

---

(71) Cf. Jeanne Lemasurier, *La preuve dans le détournement de pouvoir*, R.D.P., 1959, p. 3.

(72) V. Léon Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Th. Paris, L.G.D.J., 1964, p. 434-435.

(73) C.E., 24 juin 1953, Baugé-Fauvy, Rec. p. 311. Ce n'est du reste pas la dernière illustration jurisprudentielle d'une procédure qu'on a pu croire tombée en désuétude à un certain moment (en ce sens V. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, art. cit., p. 77). En 1971, le Conseil d'Etat recourut à nouveau à cette technique de la vérification administrative (C.E., 5 mars 1971, Commune de Saint-Etienne-de-Tinée, Rec. p. 195). Par ailleurs, en appel, le Conseil d'Etat a toujours couvert les tribunaux administratifs qui ont eu recours à semblable procédure (C.E., 19 mars 1963, Min. de l'Industrie c. Moreau, Rec. p. 162).

(74) Pour une interprétation différente, Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, art. cit., p. 77.

(75) Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve..., op. cit.*, p. 95.

C'est en ce domaine, sans nul doute, que se situe la faiblesse majeure de la procédure d'instruction dirigée par le juge administratif. M. Pactet souligne cependant qu'il s'agit là, généralement, d'un « mal nécessaire » (76) : l'Administration est souvent seule en possession des éléments nécessaires à la solution du litige et seule à même de vérifier les circonstances de ses agissements. Il n'en reste pas moins qu'elle peut être fortement tentée de régulariser *a posteriori* certaines situations. L'état du dossier dépendra de la qualité des raisons invoquées par l'Administration à l'appui de sa décision.

Cette méthode peut pourtant « s'expliquer par l'étroite coopération et parfois même l'interpénétration qui existent entre les juridictions administratives et l'Administration active, ainsi que par la nature particulière de cette dernière qui est présumée poursuivre le bien commun et qu'il serait vain de vouloir traiter comme une personne privée » (77). En effet, l'acceptation d'un contrôle contentieux par les pouvoirs détenteurs de la force publique relève du « miracle » et le Conseil d'Etat ne peut pas l'ignorer. Ce qui a permis à un commissaire du gouvernement d'affirmer devant les membres du Conseil d'Etat : « Il est probable que si vous aviez multiplié d'irritantes interventions dans le fonctionnement interne de l'Administration, que si vous n'aviez pas soigneusement distingué les responsabilités de l'administrateur et celles du juge, votre contrôle aurait été accepté beaucoup moins facilement sinon refusé. » (78). A la limite, on peut même se demander si l'autolimitation du Conseil, en notre domaine, n'est pas une condition d'existence du recours pour excès de pouvoir. Aussi M. Grévisse de poursuivre « Devenus juges de l'excès de pouvoir, les Tribunaux administratifs doivent garder la même réserve, ne pas compromettre leur autorité par des hardiesses de procédure que vous avez toujours évitées sans pour autant cesser d'étendre votre contrôle. » Cependant, cette procédure n'est pas sans inconvénients pour les particuliers et certains auteurs souhaitent sa suppression (79).

Depuis quelque temps, du reste, le Conseil d'Etat semble s'être orienté vers une pratique bien plus conforme aux exigences d'une bonne justice en préférant l'enquête juridictionnelle aux vérifica-

(76) *Ibid.*, p. 97, note 25.
(77) *Eod. loc.*
(78) Concl. Grévisse sur C.E., 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la Guerre c. Coulon, R.D.P., 1955, p. 995.
(79) En ce sens V. Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*,

tions administratives. La procédure n'est pas nouvelle (80), mais elle était tombée en désuétude. Par hypothèse, l'état de l'instruction ne permet pas au juge de se prononcer au fond ; une contradiction fondamentale dans les motifs avancés par les parties l'empêche de résoudre la question posée. Il décide alors de renvoyer l'affaire au rôle de la sous-section du contentieux chargée de l'instruction et lui demande de procéder elle-même à l'enquête (81). En outre, l'arrêt précise les noms et qualités des personnes ou autorités qui devront être entendues au titre de l'enquête. Celle-ci correspond donc à « un effort face à des versions contradictoires pour appréhender la vérité par des témoignages oraux » (82). On perçoit immédiatement les avantages d'une telle solution qui garantit l'indépendance de l'instruction. Malheureusement, il n'y a eu, à notre connaissance, jusqu'à présent du moins, que trois arrêts du Conseil d'Etat prescrivant une semblable enquête (83). Ces arrêts sont récents et on peut espérer qu'ils ne resteront pas isolés, mais que, bien au contraire, ils permettront, s'ils sont suivis d'un courant jurisprudentiel en ce sens, de remodeler l'instruction à la lumière des nécessités administratives bien sûr, mais aussi des droits de l'administré.

Ainsi, le Conseil d'Etat a très largement laissé, jusqu'à ces dernières années, cette phase fondamentale de la procédure qu'est l'instruction à la discrétion de l'Administration active. Il convient cependant de rappeler, à l'inverse, que celle-ci peut être contrainte, par la haute juridiction, à produire tous les documents au vu desquels la décision administrative a été prise ou à lui donner les raisons de fait et de droit qui la sous-tendent (84). Cette demande juridictionnelle relative aux motifs d'un acte est un utile contrepoids au libéralisme dont le Conseil fait montre à l'égard de l'Administration.

L.G.D.J., 1962, T. I, n° 293. Ces auteurs pensent que « cette pratique liée aux origines historiques du juge administratif, est éminemment critiquable et devrait être intégralement abandonnée. »

(80) C.E., 11 février 1881, Elections de Castres, élections de Réalmont, Rec. p. 188.

(80) Autrefois l'enquête était seulement faite sous le contrôle du juge qui chargeait un magistrat de l'ordre judiciaire ou un administrateur de l'effectuer.

(82) Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, art. cit., p. 77.

(83) C.E., 22 juin 1963, sieur Poncin, A.J.D.A., 1963, II, 649, note R. Drago ; C.E., 23 novembre 1966, Franck et Valzer-Sollier, Rec. T. p. 1055 ; C.E., 18 avril 1969. consorts Vitry, A.J.D.A., 1969, II, 362, note A. Homont et 424, concl. Morisot.

(84) C.E., 28 mai 1954, Barel, G.A., p. 412 ; C.E., 26 janvier 1968, Sté Maison Genestal, G.A., p. 529.

CHAPITRE II

L'ELABORATION DE L'ARRET

L'instance oppose généralement l'Administration à une personne privée : de l'inégale valeur des intérêts en présence, le juge a tiré certaines règles protectrices des prérogatives de l'Administration, en limitant son propre contrôle sur celle-ci. D'abord le Conseil d'Etat n'exploite pas toutes les possibilités que le recours pour excès de pouvoir lui offre : il limite ainsi l'efficacité des moyens d'annulation. Ensuite, le juge manifeste une certaine réserve à l'égard des autorités administratives lors de l'édiction de sa sentence : il limite, de ce fait, l'efficacité de la décision d'annulation.

— *Section I.* — Limites de l'efficacité des moyens d'annulation.

— *Section II.* — Limites de l'efficacité de la décision d'annulation.

SECTION I. — LIMITES DE L'EFFICACITE DES MOYENS D'ANNULATION.

Le Conseil d'Etat n'utilise pas pleinement les moyens d'annulation dont il dispose : il immunise volontairement une certaine marge d'illégalité qu'il protège contre l'annulation. De ce fait, tous les actes illégaux ne sont pas annulés.

D'abord, le juge oppose l'irrecevabilité à certains moyens qu'il considère comme inopérants (S.-S. I) ; d'autres moyens, examinés au fond, sont dits non-fondés (S.-S. II) ; enfin, il en est un, le détournement de pouvoir qui est peu utilisé par le juge, même s'il est fondé (S.-S. III).

SOUS-SECTION I. — Les moyens inopérants.

En principe, un requérant recevable à attaquer un acte administratif peut invoquer à l'appui de sa requête tous les moyens que la juridiction administrative a qualité pour examiner (1). Cependant, le juge considère que certains moyens sont inopérants, c'est-à-dire insusceptibles de fonder sa décision : de semblables moyens — seraient-ils fondés — ne peuvent être utilement invoqués devant lui (2). Ainsi, lorsque l'Administration ayant compétence liée, était dans l'obligation de prendre la décision, positive ou négative, qui a été effectivement émise, les moyens tirés de la légalité externe (3), de l'erreur de droit (4) ou du détournement de pouvoir (5), ne sauraient être efficacement soulevée (6).

Comment expliquer cette jurisprudence ? Elle procède d'une répugnance du juge à prononcer des annulations qui n'auraient qu'une portée doctrinale (7). Dans les hypothèses de compétence liée, l'Administration n'est pas maîtresse de sa décision ; c'est cette donnée qui a conduit le commissaire du gouvernement Josse à promouvoir cette solution (8) ; en effet, selon que le requérant remplit ou non les conditions légales, l'Administration sera ou non dans l'obligation d'agir : « Ce n'est pas le motif donné qui importe ; c'est le sens de la décision : rejet ou admission. A quoi pourrait servir une annulation fondée sur un motif erroné en droit si pour un autre motif l'Administration était dans l'obliga-

---

(1) C.E. 15 mars 1957, Israël, Rec. p. 174.

(2) V. J.-M. Auby, *Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative*, A.J.D.A., 1966, I, 5.

(3) Pour l'incompétence, v. C.E. 26 mai 1950. Dirat, Rec. p. 322 ; C.E. 2 octobre 1970, Gaillard, Rec. p. 553.

— Pour le vice de forme, v. C.E. 17 juillet 1953, Sté Etablissements Dubout et Casanova, Rec. p. 382.

(4) C.E., 24 février 1947, Varlet, Rec. p. 74.

(5) C.E., 25 novembre 1959, Dame V^ve^ Frère, Rec. p. 522 ; C.E., 5 juillet 1972, Syndicat National de la production autonome d'électricité et autres, Rec. p. 513.

(6) Il est à souligner que cette technique des moyens inopérants ne s'applique jamais aux moyens de légalité interne autres que le détournement de pouvoir. En effet, il ne saurait y avoir compétence liée si un moyen tiré de la violation matérielle de la règle de droit ou de l'illégalité d'un motif se révèle fondé. V. Lino di Qual, *La compétence liée*, Th. Paris, L.G.D.J., 1964, p. 512.

(7) Odent, *Contentieux administratif, op. cit.*, 1965-1966, IV, p. 1239.

(8) Concl. sur C.E., 8 juin 1931, Augier, D. 1934, III, 31.

tion de prendre une décision dans le même sens ? » (9) L'annulation est écartée car elle serait sans intérêt pour le requérant (10). Ce sont donc des considérations pragmatiques qui ont conduit le Conseil d'Etat à prendre semblable position ; mais le maintien de telles décisions fondées sur un motif erroné n'est pas la meilleure garantie pour les administrés (11).

MM. Auby et Drago (12) soulignent le caractère choquant de cette jurisprudence qui aboutit à maintenir des actes pourtant viciés par une flagrante illégalité devant laquelle le Conseil d'Etat ferme volontairement les yeux. En admettant même, en effet, que l'annulation contentieuse serait sans conséquences pratiques dans cette catégorie d'hypothèses, elle permettrait un apurement de l'ordre juridique et surtout « aurait le caractère d'une sanction infligée à l'Administration qui, sans cela, serait portée à ne prendre aucun soin des actes à propos desquels elle exerce sa compétence liée » (13).

Le Conseil d'Etat se montre donc extrêmement soucieux de protéger l'efficacité de l'acte administratif ; il va même très loin dans cette voie puisqu'il se reconnaît le pouvoir de substituer, au cas d'erreur de droit, un fondement juridique correct à celui qui a été, à tort, donné par l'autorité administrative. Le Conseil d'Etat redresse alors, de lui-même, l'illégalité de l'acte attaqué (14). En ce sens, il se reconnaît le pouvoir de procéder à une substitution de base légale. Cette attitude est clairement explicitée par les commissaires du gouvernement. Nous n'en voulons pour preuve que les conclusions de M. Mosset dans l'affaire sieur Roze (15). En l'espèce, le gouvernement avait commis une erreur juridique dans le choix de la base légale sur laquelle il entendait fonder un décret, en se référant non — comme il aurait dû le faire — à une loi du 14 août 1954, mais à celle du 17 août 1948 ; et le Commissaire du gouvernement de demander au Conseil de redresser cette erreur : « Si vous constatez que les dispositions attaquées pouvaient être prises en vertu de la loi de 1954 exactement dans les mêmes formes et à

(9) *Eod. loc.*
(10) Sur les limites de cette jurisprudence v. Concl. Guldner sur C.E., 7 juin 1957, Brissaud, A.J.D.A., 1957, II, 397.
(11) Selon l'aveu de M. Josse lui-même : *eod. loc.*
(12) Auby et Drago, *Traité..., op. cit.*, III, p. 47.
(13) Auby et Drago, *Traité..., op. cit.*, III, p. 47.
(14) C.E., 27 avril 1967, Varlet, Rec. p. 74 ; C.E., 2 novembre 1956, Sté coopérative laitière de Hermès, Rec. p. 402.
(15) Concl. Mosset sur C.E., 8 mars 1957, sieur Roze, Rec. p. 147.

des conditions qui, pour être exprimées en termes différents, sont absolument identiques, ne pouvez-vous en tirer la conséquence que, en prenant ces dispositions, le gouvernement n'a pas dépassé le cadre des pouvoirs qui lui étaient dévolus ? » La Haute Assemblée a accueilli favorablement ces propositions et considéré que l'erreur litigieuse « n'était pas de nature à entraîner la nullité du décret attaqué, dès lors que les mesures qu'il a édictées rentraient, comme il a été dit ci-dessus, dans le cadre des pouvoirs spéciaux conférés au gouvernement par la loi du 14 août 1954 ». Le juge recherche donc quelle peut être la base légale de la décision attaquée et se fait même une obligation de la rechercher (16).

SOUS-SECTION II. — Les moyens non-fondés.

Certains moyens recevables ne sont pas susceptibles d'entraîner une annulation pour excès de pouvoir. Nous en avons retenu trois catégories qui paraissent des plus caractéristiques : les formalités non substantielles, les principes non impératifs, les motifs surabondants.

§ I. — *Les formalités non substantielles.*

Le Conseil d'Etat ne considère pas que toute violation des formes prescrites soit de nature à entraîner l'annulation de l'acte soumis à sa censure.

Il n'est point dans notre propos de rappeler toute la jurisprudence relative à la distinction des formalités substantielles et non substantielles, mais seulement d'en rechercher l'économie. Il est généralement admis que sont écartées du champ d'application du recours pour excès de pouvoir les formalités ou procédures dont le respect aurait été sans influence sur le sens de la décision

(16) Il convient également de noter que le Conseil d'Etat pratique la substitution de motifs dans un tout autre domaine, à savoir dans tous les cas de recours dirigés contre une décision préfectorale déclarant nulle de droit une délibération d'un Conseil Municipal : il se reconnaît alors le pouvoir de substituer au motif erroné de l'autorité de tutelle tout motif dont il se trouve régulièrement saisi ou qui serait d'ordre public — alors même que le motif n'aurait pas été invoqué dans la demande au préfet (C.E., 17 juin 1932, ville de Castelnaudary, D. 1932, III, 26. Concl. Josse ; C.E., 24 mars 1954, Lacombe, Rec. p. 181). L'attitude compréhensive du Conseil d'Etat peut ici s'expliquer par la nature quasi-juridictionnelle de la décision préfectorale attaquée.

attaquée. Si une forme n'a aucune influence sur le sens de la décision, sa violation ne saurait entraîner l'annulation de celle-ci : ainsi admet-on qu'une formalité n'est jamais substantielle si l'Administration a compétence liée (17).

Dès lors, il est clair que la jurisprudence ne s'attache pas, pour opérer ce clivage, à la nature de la formalité en cause mais aux conséquences de son omission. Le vice de forme substantiel est celui qui aurait pu changer le sens de la décision attaquée : il se caractérise donc par ses effets. Or ces effets sont imaginés par le juge ; c'est donc lui qui décidera librement et souverainement du caractère substantiel ou non du vice de forme. Dès lors, ainsi que le souligne M. de Laubadère (18), un critère objectif est difficile à établir : c'est le régime juridique attaché par le Conseil d'Etat aux différentes formalités qui permet de déterminer leur qualité.

Cette méthode jurisprudentielle est à rapprocher de celle utilisée pour cerner l'acte de gouvernement (19), puisque c'est le Conseil d'Etat qui détermine seul la portée de la notion envisagée.

Totale liberté du Conseil, donc. Mais quelle est la volonté du juge suprême ? Son souci essentiel est de ne pas entraver le fonctionnement de l'Administration par la référence abusive à des formalités peu importantes. Il est ainsi admis que lorsqu'un texte de loi prévoit qu'une mesure sera prise par arrêté ministériel, elle peut l'être par décret (20), par circulaire (21), par une simple décision (22), voire par une lettre missive (23). Cette très grande souplesse assure une large initiative à l'Administration. Dans le même sens, il a été jugé qu'une erreur dans les visas est sans influence sur la régularité de la décision considérée (24). Parfois, le Conseil d'Etat va très loin — trop loin — dans cette voie en donnant une définition fort large des formalités non substantielles. Prenons l'arrêt récent Dame Veuve Schaeffer (25) ; l'article 16 du décret du 31 décembre 1958 prévoit : « en cas

(17) V. *supra*, p. 46, note 3.
(18) André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., 4 volumes, 1970-1971, T. I., p. 263.
(19) V. *infra*, p. 120 et suiv.
(20) C.E., 12 juillet 1955, Ollivier et Boyancé, Rec. p. 416.
(21) C.E., 21 juillet 1948, Chambre syndicale du lin du département de Constantine, Rec. p. 364.
(22) C.E., 5 mars 1948, Roche, Rec. p. 112.
(23) C.E., 22 février 1957, Sté coopérative de reconstruction de Rouen, Rec. p. 126.
(24) C.E., 8 mars 1957, Roze, Rec. p. 147, concl. Mosset.
(25) C.E., 3 février 1965, Rec. p. 69.

d'urgence, le plan d'urbanisme de détail peut être approuvé, quel que soit le stade de la procédure d'instruction du plan d'urbanisme qu'il complète » ; cependant le Conseil d'Etat considère qu'un arrêté préfectoral d'approbation, qui intervient conformément à cet article, n'est pas illégal même s'il omet de mentionner l'urgence (26).

Protéger l'efficacité de l'action administrative : telle paraît être la finalité de pareille attitude jurisprudentielle. M. Odent, il faut bien le reconnaître, présente cette jurisprudence sous un tout autre aspect et affirme qu'elle « a dégagé une sorte de hiérarchie des matières en fonction du degré de protection à accorder aux intérêts des administrés et de l'importance réelle des formalités » (27). Pour notre part, nous pensons qu'il est plus juste d'affirmer que cette jurisprudence est fonction du degré de protection à accorder aux intérêts de l'Administration : le juge veut faire, s'il le peut, l'économie d'une annulation et ne pas entraver inutilement l'action administrative.

§ II. — *Les principes non impératifs.*

Les principes généraux du droit ont été, le plus souvent, considérés comme la clé de voûte de la protection juridictionnelle des administrés (28). Une telle affirmation contient une très grande part de vérité, cependant, elle ne correspond pas entièrement à la pratique contentieuse actuelle. Durant l'année judiciaire 1965-1966, par exemple, sur 248 annulations pour violation de la loi, 4 seulement le furent pour violation des principes généraux du droit (29).

En effet, le domaine des principes généraux est limité par la volonté du Conseil d'Etat qui distingue deux catégories de principes : certains sont liés à notre philosophie constitutionnelle et politique et s'imposent, à ce titre, au pouvoir réglementaire qui tombe dans l'illégalité lorsqu'il les méconnaît (30) ; mais, à côté,

---

(26) En l'espèce, le juge a considéré qu'il suffisait qu'il ressorte « des pièces versées au dossier que l'approbation du plan de détail dont s'agit est intervenue en raison de l'urgence. »

(27) R. Odent, *Contentieux..., op. cit.*, 1965-1966, IV, p. 1139.

(28) En ce sens, Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Th. Paris, Sirey, 1954.

(29) Etude relative aux décisions rendues par le Conseil d'Etat au cours de l'année judiciaire 1965-1966 (Séminaire d'études sous la direction de M. Drago), E.D.C.E., 1967, p. 145.

(30) Concl. Fournier sur C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-Conseils, R.D.P., 1959, p. 1004.

il en est d'autres qui sont de simples « règles s'imposant en l'absence de texte contraire » et qu'un règlement peut légitimement violer (31). Une affaire récente illustre cette position : le Conseil d'Etat a admis qu'un décret pouvait légalement conférer au juge civil le pouvoir d'enjoindre aux parties de compléter leur dossier et de produire leurs conclusions ; il a, en effet, considéré qu'aucun principe général impératif ne pouvait être tiré de la règle selon laquelle le juge civil ne peut intervenir dans le déroulement de la procédure (32). Cette règle ne s'applique qu'en l'absence de dispositions législatives *ou réglementaires* contraires (33).

Cette jurisprudence s'explique par la volonté de ne pas enserrer dans un carcan trop étroit les activités de l'Administration. Le juge se permet de combler un vide de la réglementation procédurale en indiquant à l'Administration quelles sont les règles qu'il entend lui appliquer en l'absence de texte précis. Par contre, il ne se reconnaît pas le pouvoir de l'obliger à suivre ces règles si elle en veut décider autrement.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat limite la portée de l'application des principes généraux du droit au nom de l'intérêt général et des nécessités administratives. Certains principes peuvent ainsi être violés légalement. Prenons le cas de celui d'égalité devant la loi (34). Le Conseil d'Etat considère qu'il n'y a pas violation critiquable du principe d'égalité devant la loi, si le traitement discriminatoire infligé par l'Administration paraît justifié par des nécessités publiques. Ainsi, il a été admis en matière d'assurance-prospection que la règle générale de l'égalité de traitement entre commerçants pouvait céder devant l'intérêt public lorsque la concurrence de deux groupes français face aux offres de pays tiers était de nature à nuire aux intérêts français (35). Le Conseil

---

(31) C.E., 14 octobre 1964, Ville de Pointe à Pître, Rec. p. 468 ; également pour un arrêt sur recours en cassation, C.E., 18 mars 1960, Caisse primaire de Sécurité sociale de Strasbourg, Rec. p. 206.

(32) V. C.E., 4 juillet 1969, Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris et autres, A.J.D.A., 1970, II, 43, note Molinier.

(33) V. concl. Fournier précitées. Le Conseil d'Etat va parfois très loin en cette voie : ainsi la règle selon laquelle les actes créent des droits dès leur signature peut être implicitement écartée par un texte réglementaire. V. concl. Vught sur C.E., 29 mars 1968, Manufacture française des pneumatiques Michelin, R.D.P., 1969, p. 346.

(34) Sur cette question, V. Pierre Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Th. Paris, L.G.D.J., 1969.

(35) C.E., 13 juillet 1963, Aureille, Rec. p. 831.

d'Etat estime donc que l'Administration peut être contrainte, dans l'intérêt général, de violer légitimement le principe d'égalité devant les services publics et devant les charges fiscales (36). Il est intéressant de rapporter ici les propres termes du Conseil d'Etat, selon un arrêt récent (37) concernant la mise en place progressive de différents services d'inspection sanitaire : « Considérant que... faute d'un nombre suffisant de vétérinaires, l'application simultanée desdites dispositions à toutes les entreprises qu'elles visent n'eût pas été possible avant l'écoulement d'un long délai ; qu'en décidant de mettre progressivement en place les contrôles prévus... selon les moyens dont elle disposait en choisissant... d'assujettir d'abord les entreprises les plus importantes, l'Administration a obéi à la nécessité d'appliquer aussi rapidement qu'il lui était possible les prescriptions légales intéressant la santé et la salubrité publique ; que par suite *l'atteinte qu'elle a pu porter à l'égalité des citoyens devant le service public n'a pas été illégale,* même si l'application des contrôles a pu s'accompagner de la perception sur les entreprises qui y étaient assujetties de la taxe instituée par les dispositions législatives sus-rappelées. » Les principes généraux ne sont donc pas toujours impératifs.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat n'a pas considéré que le principe d'égalité était violé lorsque le préfet de police a réservé une section latérale de certaines voies publiques à quelques moyens de transports privilégiés (38) : en effet, d'une part, la mesure s'est avérée nécessaire pour améliorer, dans l'intérêt général, la circulation de l'ensemble des véhicules ; par ailleurs, l'avantage réservé à certains était justifié soit par les missions du service public qu'ils sont appelés à remplir, soit par les obligations particulières qui leur sont imposées dans l'intérêt du public.

M. Douence (39) déduit de ces solutions jurisprudentielles que si le principe d'égalité correspond toujours à une certaine éthique répondant aux aspirations politiques et morales — ce qui n'est

---

(36) V. concl. Combarnous sur C.E., 24 novembre 1964, Sté anonyme Lic, A.J.D.A., 1964, p. 308.

(37) C.E., 13 octobre 1967, Pény, Rec. p. 365.

(38) C.E., 15 mars 1968, Syndicat national des automobilistes, Rec. p. 188. Pour d'autres hypothèses d'atteintes au principe d'égalité justifiées par l'intérêt général, V. notamment C.E., 3 janvier 1947, consorts de Tricornot, Rec. p. 9 ; C.E., 6 novembre 1964, Le Mer, Rec. p. 516.

(39) Jean-Claude Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration,* Th. Paris, L.G.D.J., 1968, p. 419.

pas certain à notre sens — (40) par contre l'Administration active en apprécie librement la portée car la censure juridictionnelle est très lâche.

Les principes généraux du droit cèdent devant les nécessités administratives qui sont supposées marquées du sceau de l'intérêt public.

§ III. — *Les motifs surabondants.*

Lorsque l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, la présence d'un motif illégal dans un acte n'est pas toujours considérée, par le juge, comme suffisante pour justifier son annulation.

Par hypothèse, la décision administrative concernée se trouve comporter plusieurs motifs dont certains sont considérés comme légaux et d'autres non. Quel sera le sort de l'acte ? Traditionnellement, la jurisprudence distingue entre motifs déterminants et surabondants (41). Seule l'illégalité d'un motif qui a déterminé son auteur peut entraîner l'annulation contentieuse de la décision — l'illégalité d'un motif surabondant important peu. L'appréciation du caractère déterminant d'un motif est faite par le juge qui présume généralement semblable qualité (42). Mais ce n'est pas toujours le cas : il est arrivé au Conseil d'Etat de présumer le caractère surabondant d'un motif — ce qui limite considérablement l'efficacité de la censure juridictionnelle. Ainsi dans l'affaire Société Chaigneau Ancelin, la société requérante avait été fermée en application de la loi du 17 décembre 1941, relative à l'établissement d'un plan d'aménagement de la production « en raison de la qualité insuffisante des fabrications. » Le Conseil constate l'exactitude de ce motif puis ajoute : « Considérant que si, d'autre part, il est constant que la mesure dont il s'agit a été prise sur l'initiative des autorités allemandes, cette circonstance, qui n'a constitué dans l'espèce qu'un motif surabondant, n'est pas de nature à justifier, à elle seule, l'annulation de l'arrêté atta-

---

(40) C'est ainsi que le principe d'égalité est totalement inadapté dans le cadre des interventions économiques de la puissance publique qui agit nécessairement par voie de sélection. V. Savy, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'Administration*, A.J.D.A., 1972, I, 6-7.

(41) C.E., 14 janvier 1948, Canavaggia, Rec. p. 18 ; C.E., 29 octobre 1954, Rougier, Rec. p. 564.

(42) V. Edouard Sauvignon, *La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir*, A.J.D.A., 1971, I, 205.

qué » (43). En l'espèce, pourtant, le commissaire du gouvernement s'était attaché à montrer combien déterminante avait été l'attitude des autorités allemandes. Le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi et a préféré limiter ses pouvoirs.

En 1968, le Conseil, tout en renversant ses perspectives d'analyse, a encore davantage limité les possibilités d'annulation contentieuse. Il recherche désormais si l'autorité administrative aurait pris le même acte en ne retenant que le ou les motifs légaux ; l'un de ceux-ci a-t-il été déterminant ? Si oui, le juge se refusera à annuler la décision attaquée (44). Dès lors si un acte contient plusieurs motifs déterminants — les uns étant légaux et les autres illégaux — il n'annulera pas la décision attaquée.

Le Conseil fondera son appréciation à partir des éléments de l'instruction — ce qui implique « une recherche plus subjective de la part du juge » (45) qui essaie de se placer dans les conditions de l'Administration au moment où elle a pris l'acte (46). De ce fait, le juge se réserve encore moins que jadis de possibilités d'annulation — puisque l'illégalité d'un motif déterminant ne suffira plus à entraîner l'annulation de l'acte concerné : la présence d'un motif déterminant légal permettra de « sauver » la décision administrative. En pareil cas, l'autolimitation du Conseil d'Etat aboutit à la substitution de fait — tacite — par la voie juridictionnelle, d'un motif déterminant légal à un autre de même nature mais illégal. On peut ici noter une tentative audacieuse du juge suprême de substituer son appréciation à celle de l'Administration (47).

---

(43) C.E., 11 juillet 1945, Rec. p. 154 ; Dr. Soc. 1946, p. 108, concl. Lefas.

(44) C.E., 12 janvier 1968, Min. de l'Economie et des Finances c. dame Perrot, Rec. p. 39 ; A.J.D.A., 1968, II, 279. Concl. Kahn ; A.J.D.A., 1968, I, 339, chr. Massot et Dewost.

(45) Letourneur, Bauchet et Méric, *Le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs*, Colin, 1970, p. 148.

(46) En ce sens, C.E., 19 avril 1968, Delle Lebrun, A.J.D.A., p. 340 et 357 ; C.E., 28 avril 1971, sieur Cottes, Rec. T. p. 935.

(47) V. Chr. Massot et Dewost précitée, p. 339.

En ce sens, le juge considère généralement qu'il « résulte de l'instruction que (l'autorité administrative) eût pris la même décision si elle n'avait retenu que les deux motifs qui reposent sur des faits matériellement exacts » (V. arrêt Delle Lebrun précité ; également C.E., 26 janvier 1968, Min. de l'Agriculture c. époux Buvat, A.J.D.A., 1968, II, 357).

SOUS-SECTION III. — Un moyen en déclin : le détournement de pouvoir.

Ce cas d'ouverture est un moyen idéal pour contrôler l'utilisation des pouvoirs de l'Administration. Le Doyen Hauriou en a fait la systématisation : l'Administration dispose de prérogatives de puissance publique qui ne se justifient que par leur finalité, à savoir l'intérêt général qui est le seul but en vue duquel elles peuvent être légalement exercées. Par le contrôle du détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat s'assurera de la conformité des moyens aux fins qui leur sont assignées ; par ce biais, il réalisera un contrôle de la moralité administrative (48).

L'analyse de l'utilisation du détournement de pouvoir par le Conseil d'Etat fait apparaître un paradoxe : d'un côté, le juge suprême a libéralisé le régime des modes de preuve de ce moyen (49) — mais cette libéralisation n'a pas engendré un élargissement de son utilisation qui demeure toujours aussi exceptionnelle.

Jadis, le Conseil d'Etat était très restrictif : la preuve du détournement de pouvoir allégué devait ressortir des termes mêmes de la décision attaquée (50). Ainsi, au XIX^e^ siècle, le détournement de pouvoir doit explicitement apparaître dans l'acte déféré au juge — ce qui sera peu fréquent car l'Administration tentera de dissimuler plus ou moins adroitement ses intentions.

Aussi le juge en est-il venu à étendre ses investigations à toutes les pièces du dossier qui peuvent faire apparaître un détournement de pouvoir (51) ; il se fonde alors tant sur les observations présentées devant lui par l'Administration que sur les pièces originales annexées au dossier. Puis le Conseil d'Etat a admis que le détournement de pouvoir pouvait résulter de circonstances extérieures à la décision et notamment de faits postérieurs au recours (52).

---

(48) Maurice Hauriou, *Précis élémentaire...*, *op. cit.*, p. 266.

(49) V. Jeanne Lemasurier, *La preuve dans le détournement de pouvoir*, art. cit. p. 36.

(50) *Ibid.*, p. 59.

(51) C.E., 16 novembre 1900, Maugras, S. 1901, III, 57, concl. Rouvier, note Hauriou (affaire dans laquelle la preuve du détournement de pouvoir résulte d'une lettre versée au dossier) ; C.E., 12 novembre 1955, Braillon, Rec. p. 539.

(52) C.E., 2 février 1957, Castaing, Rec. p. 78.

Enfin et surtout, le Conseil d'Etat a étendu à notre matière la jurisprudence Barel, en ce qui concerne la recherche des motifs : certes le détournement de pouvoir ne se présume point, mais lorsqu'un requérant l'invoque, en se fondant sur des allégations sérieuses que l'Administration est incapable d'infirmer, le Conseil d'Etat considère cette attitude comme un aveu (53).

A cet élargissement des modes de preuves du détournement de pouvoir, correspond assez paradoxalement un déclin de son utilisation. En effet, en contrôlant la moralité administrative, le Conseil d'Etat sanctionne les autorités qui ont fait usage de leurs pouvoirs à des fins illégitimes (54). Par ce biais, le juge pénétrera dans l'analyse des mobiles de l'auteur de l'acte dont il recherchera les intentions. Etude subjective à laquelle le Conseil d'Etat répugne ; aussi le détournement de pouvoir n'a-t-il qu'un caractère subsidiaire. Le juge lui préférera toujours d'autres moyens d'annulation. Motifs et mobiles étant intimement liés et souvent indiscernables, le contrôle des motifs suffira fréquemment à faire apparaître l'excès de pouvoir (55). Ailleurs, le juge préférera annuler un acte pour vice de forme (56), pour violation de la loi (57), pour violation de la chose jugée (58) ou pour erreur de droit (59) au prix de constructions juridiques dont l'évidence n'est pas toujours certaine. La réserve de la Haute Assemblée à l'égard du détournement de pouvoir est concrétisée par certains commissaires du gouvernement qui se plaisent à laisser entendre qu'ils seraient mal venus à demander plus de deux annulations pour détournement de pouvoir par an (60).

---

(53) C.E., 23 octobre 1957, Chailloux, Rec. p. 548 ; C.E., 12 février 1958, Letzelter, R.D.P., 1958, p. 541 ; C.E., 26 octobre 1960, Rioux, Rec. p. 558, concl. Chardeau.

(54) Soit que l'Administration ait agi dans un intérêt particulier, soit que le motif qui ait fondé la décision ne soit pas au nombre de ceux qui pouvaient légalement la justifier.

(55) V. en ce sens l'exemple donné par M. Vénézia (*Le pouvoir discrétionnaire*, Th. Paris, L.G.D.J., 1958, p. 40) qui prend l'hypothèse d'un fonctionnaire frappé d'une sanction disciplinaire injustifiée : il y a à la fois violation de la loi par défaut de motifs objectifs (la faute disciplinaire n'ayant jamais existé) et détournement de pouvoir par perversion du but, l'auteur de la mesure n'ayant pas pour but de punir un coupable, mais d'assouvir une rancune. Cf. C.E., 20 avril 1951, Durand, Rec. p. 204.

(56) C.E., 14 janvier 1952, Thiebaut, S. 1952, III, 58, note M.L.

(57) C.E., 7 mars 1969, Min. des Armées c. sieur Peuch, A.J.D.A., 1969, II, 439.

(58) C.E., 28 mai 1954, Barel, G.A., p. 412 ; C.E., 9 novembre 1959, Rosan Girard, G.A., p. 461.

(59) C.E., 28 décembre 1949, Sté des automobiles Berliet, Rec. p. 368.

(60)En fait le Conseil d'Etat ne prononce que fort peu d'annulations sur détournement de pouvoir : nous avons pu en relever une en 1967, une en 1968,

Enfin, même lorsque l'existence d'un détournement de pouvoir est patente, le Conseil d'Etat annulera sans doute l'acte qui lui est déféré mais sans souligner le véritable motif de l'annulation (61).

Comment expliquer cette attitude du Conseil d'Etat ? Celui-ci ne veut pas, s'il peut l'éviter, déconsidérer l'Administration aux yeux des citoyens : statuant sur excès de pouvoir, il doit certes garantir aux administrés protection de leurs droits et faire en sorte que les actes irréguliers qui leur sont préjudiciables soient annulés ; mais il considère qu'il n'a pas, en principe, s'il existe d'autres moyens de prouver l'irrégularité, à rechercher l'intention coupable de l'auteur de l'acte (62). Ce comportement, souligne le Président Odent (63), ne lèse en rien les justiciables qui n'ont aucun intérêt légitime à ce que tel motif d'annulation soit préféré à tel autre. Ce système jurisprudentiel est cependant très hypocrite car il empêche de faire toute la lumière sur les agissements les plus néfastes de l'Administration. Cette attitude aboutit à une protection démesurée des autorités administratives. En effet, les justiciables ont intérêt au bon fonctionnement de la machine administrative ; le juge ne devrait pas protéger des pouvoirs que l'Administration a très mal utilisés puisqu'elle ne les a pas exercés, par hypothèse, dans l'intérêt général. C'est une solution diamétralement opposée qui serait souhaitable : tout détournement de pouvoir devrait être systématiquement sanctionné à titre principal, même si l'acte administratif concerné encourait l'annulation sous d'autres chefs d'illégalité. Le détournement de pouvoir n'est-il pas le vice le plus grave qui puisse entacher une décision admi-

---

deux en 1969 et deux en 1970. En pratique, le détournement de pouvoir sert surtout à sanctionner les irrégularités les plus flagrantes de la vie municipale (C.E., 2 avril 1971, Zimmermann, Rec. p. 269 ; C.E., 5 février 1971, dame Chermitte, Req. n° 72833. Ces deux arrêts concernent des révocations injustifiées de secrétaires de mairie).

(61) C.E., 14 mai 1969, Min. de l'Education nationale c. sieur At, A.J.D.A., 1969, II, 440, note A. Homont.

(62) Un coup d'arrêt très net au développement du détournement de pouvoir a été donné par le Conseil d'Etat à partir de 1872. Il faudra attendre quelques années pour voir le contrôle du but reprendre le cours de son développement. Ainsi, en 1881, Saint-Girons soulignait que « le juge chargé de statuer sur une pareille question doit avoir au plus haut degré l'esprit administratif, sinon il désorganiserait l'Administration tout entière » (*Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* — sur toutes ces questions on peut utilement consulter la thèse de J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'Administration active*, Th. Paris, L.G.D.J., 1970, p. 268-269).

(69) Odent, *Contentieux*, 1965-1966, *op. cit.*, IV, p. 1278.

nistrative ? Une telle évolution irait dans le sens d'une plus grande moralisation de la vie administrative.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat limite les hypothèses de détournement de pouvoir car il fait une place croissante aux nécessités publiques fondées sur l'intérêt général. Nous prendrons un exemple significatif tiré de l'évolution de la jurisprudence en matière de police. Jadis l'usage des pouvoirs de police, dans un intérêt financier, était constitutif d'un détournement de pouvoir (64). En 1932, le Conseil d'Etat assouplit considérablement sa position dans l'arrêt Société des autobus Antibois (65) qui autorise la commune à aider son concessionnaire à lutter contre la concurrence, en usant au besoin de son pouvoir de police. La même année, le Commissaire du gouvernement Josse, dans l'affaire Cie des tramways de Cherbourg (66), souligne l'obligation faite au maire de protéger son concessionnaire contre la concurrence — obligation dont l'inobservation est sanctionnée dans le contentieux du contrat, par une indemnité. Evolution qui amène M. Waline à souligner : « Ainsi ce qui constituait autrefois un détournement de pouvoir est devenu successivement licite puis obligatoire, on ne peut pas imaginer un retournement plus complet des idées exprimées par la jurisprudence » (67). En réalité, le Conseil d'Etat limite l'utilisation du détournement de pouvoir du fait d'une appréciation de plus en plus large de l'intérêt général et des moyens pour le satisfaire.

L'autolimitation du Conseil d'Etat, lors de l'élaboration de sa sentence, le conduit à ne pas sanctionner toutes les illégalités commises par l'Administration. Il en est qui, aux yeux du juge suprême, ne méritent pas sa censure. Si la Haute Juridiction évite, de ce fait, d'entraver, par un contrôle tâtillon, l'action administrative, par contre, elle semble parfois un peu trop délaisser la protection des particuliers.

---

(64) C.E., 21 décembre 1900, Trottin, S. 1903, III, 57, note Hauriou.
(65) C.E., 29 janvier 1932, G.A., p. 199.
(66) Concl. Josse sur C.E., 9 décembre 1932, S. 1933, III, 9, note Laroque.
(67) Marcel Waline, *Précis de droit administratif*, Monchrestien, 1969, p. 351.

SECTION II. — LIMITES DE L'EFFICACITE DE LA DECISION D'ANNULATION.

« Ce que le plaideur souhaite... c'est que dans la réalité de sa vie quotidienne, quelque chose, au terme du recours, se trouve changé en mieux : qu'il puisse faire ce qui lui était interdit à tort, occuper la fonction qu'on lui refusait illégalement. Est-ce l'annulation, cette abstraction, qui l'intéresse ? Non pas, mais bien les fruits qu'il en attend » (68). En effet, le moment essentiel à la sauvegarde des intérêts des particuliers se situe lors du rétablissement effectif de la légalité. Mais le Conseil d'Etat n'use que très timidement de ses pouvoirs juridictionnels : il se refuse notamment à adresser des injonctions à l'Administration. Aussi la portée directe de l'annulation est-elle limitée (S.-S. I). En outre, la portée indirecte de cette annulation est réduite car le juge suprême en limite les effets à l'égard d'autres actes administratifs (S.-S. II).

SOUS-SECTION I. — La portée directe de l'annulation.

L'arrêt d'annulation détruit l'acte que l'Administration avait pris. Par ce biais, le Conseil d'Etat avait, jadis, réussi à se subordonner l'Administration (§ I). Mais, depuis lors, le juge administratif suprême n'utilise qu'avec une extrême modération ses pouvoirs juridictionnels à l'égard d'une Administration qui devient ainsi de plus en plus indépendante (§ II).

§ I. — *L'ancienne subordination de l'Administration au Conseil d'Etat.*

On présente généralement l'attitude du Conseil d'Etat comme de plus en plus protectrice des droits des administrés. Le Conseil d'Etat se serait jadis refusé, même à titre indicatif, à prononcer les mesures positives qui doivent être la conséquence de l'annulation. Ce ne serait que depuis l'entre-deux guerres que le Conseil d'Etat n'hésiterait pas à mentionner les conséquences nécessaires

---

(68) Jean Rivero, *Le Huron au Palais Royal...*, art. cit., p. 37.

de ses arrêts (69). Cette explication est en contradiction directe avec la réalité historique qui nous montre une évolution inverse. Le Conseil d'Etat a manifesté de plus en plus de réserves à l'égard de l'Administration : jadis, profondément intégré à elle, il n'hésitait pas à donner une plus grande portée à son contrôle (70). Etant alors un administrateur, il pouvait faire acte d'administration du fait de ses relations privilégiées avec l'Administration active. Celle-ci était rassurée par la « proximité » du Conseil qui ne lui apparaissait pas comme un corps étranger : le Chef de l'Etat pouvait toujours refuser d'entériner un projet d'arrêt. Le Conseil d'Etat tirait, à ce moment-là, toute son autorité de son osmose avec l'Administration active — osmose qui lui permettait d'agir comme supérieur hiérarchique (71).

A cette époque de la justice retenue, le Conseil d'Etat se reconnaissait le pouvoir de préciser à l'Administration les mesures à prendre. Ainsi, il utilisait couramment la pratique du « renvoi pour faire ce que de droit » — manifestant par là l'importance qu'il attachait à la bonne et complète exécution de son arrêt (72). Il convient de remarquer que cette formule est simplement déclarative du droit de l'intéressé : s'il y a invitation de la part du juge suprême, il n'y a, par contre, nullement injonction à l'égard de l'Administration ; c'est une sorte d'avertissement solennel qu'adresse le Conseil d'Etat à l'autorité administrative ; mais il ne crée cependant à sa charge aucune obligation juridique nouvelle : il ne fait que lui signaler celles qui découlent logiquement de son arrêt d'annulation (73).

Parfois le Conseil d'Etat est allé plus loin en se reconnaissant le pouvoir d'adresser de véritables injonctions à l'Administration. En ce sens, il lui a souvent enjoint de prendre un acte juridique. Ainsi, après avoir annulé la décision d'un Conseil de Révision qui

---

(69) En ce sens, P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Th. Paris, Jouve, 1952, p. 169.

(70) Sur ce problème, on peut consulter avec profit la thèse de Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation...*, *op. cit.*, p. 189 et suiv.

(71) Tel est le sens de la thèse défendue par M. René Ladreit de Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle*, *op. cit.*

(72) V. la jurisprudence citée par Chevallier, *op. cit.*, p. 189 et 190 ; entre autres C.E., 12 avril 1812, Royre, Rec. p. 338 ; C.E., 27 août 1840, Castilhon, Rec. p. 333 ; C.E., 14 avril 1864, Laville, Rec. p. 339.

(73) Pierre Montané de la Roque, *L'inertie des pouvoirs publics*, Th. Toulouse, Imprimerie Moderne, 1950, p. 407.

avait refusé à tort d'exempter un conscrit, le juge suprême précise « qu'il y aura lieu de rayer le sieur Brière des contrôles de l'armée et de révoquer l'ordre de départ qui lui a été donné » (74). Dans la même optique, il ordonnera à un administrateur de délivrer un alignement (75), ou de procéder à une opération de dessèchement (76). En certains cas, le Conseil d'Etat fera lui-même acte d'administration et ira jusqu'à se substituer aux autorités administratives : ainsi dans un arrêt Dame Clément (77), il accorde directement l'autorisation de réparer un mur mitoyen refusée pendant plus de dix ans par le préfet de la Seine.

Ainsi la séparation des fonctions administrative et contentieuse n'a nullement empêché le Conseil d'Etat de donner des ordres à l'Administration. Mieux même, l'apparition de la justice déléguée au Conseil d'Etat ne tarira pas immédiatement cette jurisprudence. En effet, les habitudes antérieurement prises par le Conseil se sont perpétuées jusqu'au début du XX[e] siècle. A cette époque, la Haute Assemblée utilisait encore couramment le procédé du « renvoi pour faire ce que de droit », ainsi qu'en témoignent les conclusions du Commissaire du gouvernement Romieu dans l'affaire Jacquin : « dans le cas où il reconnaît que le refus d'autorisation est illégal, le Conseil d'Etat doit se borner à prononcer l'annulation de l'arrêté portant refus, sans accorder lui-même l'autorisation : c'est une application du principe de la séparation des pouvoirs... Toutefois, afin de bien préciser le droit des citoyens et l'obligation de l'Administration, nous ne verrons aucun obstacle à ce que le Conseil d'Etat, après avoir annulé l'arrêté qui rejette une demande d'autorisation fondée en droit, renvoie le demandeur devant l'autorité compétente pour faire

---

(74) C.E., 21 janvier 1829, Brière, Rec. p. 14.

(75) C.E., 27 décembre 1812, Perrot, Rec. p. 375.

(76) C.E., 18 août 1833, Concessionnaires du dessèchement de la vallée de l'Authie, Rec. p. 498.

Statuant au plein contentieux, le Conseil d'Etat a parfois adopté des solutions très originales. Nous voudrions mentionner ici celle de l'obligation alternative : le juge indique à l'Administration deux solutions entre lesquelles elle devra impérativement choisir ; il se reconnaît alors le pouvoir de la contraindre à une obligation de faire en lui laissant le choix entre la soumission à cette dernière et le versement d'une indemnité « si n'aime mieux l'Administration ». Ainsi le Conseil d'Etat, après avoir prononcé contre une commune condamnation à réparation du fait de dommages permanents de travaux publics, lui a laissé la faculté de se soustraire au paiement de cette indemnité par la démolition des ouvrages exécutés par elle (C.E., 22 novembre 1889, Freyssinet, S. 1892, III, 13).

(77) C.E., 12 mai 1869, Rec. p. 456.

l'acte, afin qu'il soit statué à nouveau sur sa demande... ; (ainsi) la proclamation du droit serait plus manifeste » (78).

Au début du xx[e] siècle, également, la Haute Juridiction se reconnaissait le pouvoir d'adresser des ordres à l'Administration. Ainsi, dans un arrêt Wiriot du 1[er] août 1914 le Conseil d'Etat, après avoir considéré que l'autorité préfectorale avait commis une irrégularité en se bornant à déclarer qu'une construction compromettrait une perspective monumentale et en négligeant de formuler les prescriptions auxquelles doit se soumettre un constructeur, a renvoyé le requérant devant le préfet « qui, dans un délai de 20 jours à dater de la notification de la présente décision, devra compléter son arrêté en formulant les prescriptions qu'il entend imposer dans l'intérêt de la conservation de la perspective monumentale (79). Le Conseil d'Etat a même utilisé en 1908 (80) la procédure comminatoire de l'astreinte à l'encontre d'une commune.

Au terme de cette approche historique, on peut constater que, durant une première période qui s'étend des origines du Conseil d'Etat jusqu'au début du xx[e] siècle, le juge suprême n'hésite pas à utiliser pleinement ses pouvoirs juridictionnels et à adresser des ordres à l'Administration. La subordination de l'Administration au Conseil d'Etat n'a donc pas pris immédiatement fin avec l'attribution de la justice déléguée mais s'est poursuivie durant un temps relativement long. Cependant, vers les années 1910-1920, le Conseil d'Etat a progressivement abandonné cette tradition.

§ II. — *L'actuelle indépendance de l'Administration à l'égard du Conseil d'Etat* (81).

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat se reconnaît seulement la possibilité de prononcer l'annulation de l'acte qui lui est déféré. Il revient à l'Administration active d'en tirer les conséquences. L'arrêt d'annulation ne contient aucun

---

(78) C.E., 30 novembre 1906, Rec. p. 862. V. également C.E., 26 juin 1908, Daraux, S. 1909, III, 129 : en cette espèce, le Conseil d'Etat a renvoyé le requérant devant le supérieur hiérarchique de l'administrateur « pour y être statué par la voie administrative sur la suite que comporte sa demande. »

(79) Rec. p. 1090. V. également C.E., 10 novembre 1911, Sté de secours mutuel la Fraternelle Lavalloise, S. 1914, III, 73, note Hauriou : en cette affaire, le Conseil a ordonné à un administrateur de procéder à l'approbation des statuts d'une société.

(80) C.E., 4 août 1908, Sté des eaux d'Oran, Rec. p. 852.

(81) Sur cette question, V. J. Chevallier, *L'interdiction pour le juge...*, art. cit., p. 67 et suiv. et M. Gjidara, *La fonction..., op. cit.*, p. 275 et suiv.

ordre à l'égard de l'Administration qui se trouve ainsi placée dans une situation tout à fait privilégiée, étrangère à sa qualité de partie à l'instance. En pratique, l'Administration reste libre d'exécuter ou non l'arrêt du Conseil d'Etat. Celui-ci considère qu'il épuise son pouvoir juridictionnel en prononçant l'annulation de l'acte attaqué : le recours pour excès de pouvoir ne vise-t-il pas du reste exclusivement une telle annulation ? Et le Conseil d'Etat de souligner qu'il ne lui appartient pas « de prescrire les mesures qui peuvent être les conséquences de l'annulation par lui prononcée » (82) ni « d'adresser des injonctions à l'Administration » (83).

Se considérant comme juge, le Conseil d'Etat s'interdit de faire aucun acte d'administrateur, aucun acte à propos duquel on puisse lui faire le reproche de s'être substitué à l'Administration active. Il veut éviter toute immixtion dans les affaires de l'Administration et se refuse à modifier, réformer ou amender l'acte administratif litigieux ou à enjoindre à l'Administration l'accomplissement des actes qu'elle serait tenue de prendre. Le renvoi pour faire ce que de droit est lui-même banni dans le contentieux de l'excès de pouvoir (84) ; il subsiste, par contre, dans le contentieux de la réparation (85) où le juge se reconnaît le pouvoir de renvoyer le requérant devant l'autorité compétente pour la liquidation de l'indemnité qui lui est due. Par contre, statuant sur excès de pouvoir, le Conseil d'Etat se refuse à un tel renvoi ; bien plus, il se refuse à donner des conseils à l'Administration active — contrairement à ce que soutient M. Gaudemet, dans sa thèse (86). L'arrêt Sté du journal « L'Aurore » (87) cité à l'appui de sa démonstration, n'est nullement convaincant. En l'espèce, le Conseil d'Etat a considéré que l'arrêté attaqué « méconnaît le principe de l'égalité entre les usagers du service public ; *qu'il était loisible*

---

(82) C.E., 9 décembre 1910, Renaud, Rec. p. 895. Jurisprudence constante : C.E., 11 mars 1936, Durvic, Rec. p. 316.

(83) C.E., 10 mai 1931, Richard, Rec. p. 541.

(84) Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, L.G.D.J., 1962, p. 30.

(85) C.E., 30 mai 1945, Boitard, Rec. p. 109 ; C.E., 23 mai 1969, Delle Gouet, A.J.D.A., 1969, II, 703.

Ces renvois sont particulièrement fréquents dans le contentieux des pensions (C.E., 9 novembre 1948, sieur Saverdat, Rec. p. 834 ; C.E., 7 mai 1962, Sassanse, Rec. p. 302 ; C.E., 20 décembre 1962, Dockmyn, Rec. p. 698).

(86) Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Th. Paris, L.G.D.J., 1972, p. 112, note 77.

(87) C.E., 25 juin 1948, G.A., p. 300.

aux auteurs de l'arrêté attaqué de soustraire celui-ci à toute critique d'illégalité en prenant toutes mesures appropriées en vue de distinguer, fut-ce même forfaitairement, les diverses consommations. » Par cette formule, le juge n'entend donner aucun conseil à l'Administration ; il lui montre seulement que les autorités compétentes auraient pu agir différemment — ce qui leur aurait permis de rester dans le cadre de la légalité.

Les Tribunaux administratifs ont cependant essayé de résister à cette politique jurisprudentielle fort réservée de la Haute Assemblée, mais le Conseil d'Etat a brisé pareille tentative. Dans l'affaire Ministre des Anciens Combattants et Victimes de Guerre c. Faderne (88), le Ministre avait refusé au requérant le bénéfice de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959. Le Tribunal administratif de Rennes a annulé ce refus et ordonné à l'Administration de rétablir le requérant dans ses droits. Le Conseil d'Etat a annulé ce jugement en « considérant que s'il appartenait au Tribunal administratif de se prononcer sur la légalité de la décision par laquelle le Ministre a refusé... cette juridiction ne pouvait légalement enjoindre à l'Administration de rétablir l'intéressé dans la première classe de son grade à compter du 5 août 1959... » En l'espèce, la Haute Juridiction a soulevé d'office ce moyen que l'Administration n'avait pas invoqué : elle a craint que les Tribunaux du premier degré ne suivent la voie ouverte par le Tribunal administratif en cause. L'injonction à l'égard de l'Administration est donc un des vices les plus graves qui puisse affecter une sentence juridictionnelle puisqu'elle est élevée à la dignité de moyen d'ordre public — ce qui la place au même niveau que l'incompétence.

Tout au plus, dans certaines hypothèses très exceptionnelles, le Conseil d'Etat précisera-t-il en détail, dans les motifs de son arrêt, les modalités que l'Administration devra suivre pour en assurer l'exécution. C'est ce que le juge suprême a fait dans le contentieux très délicat des reconstitutions de carrière (88). Mais cette jurisprudence, fort utile au demeurant, n'en reste pas moins exceptionnelle car son application est réservée à ce contentieux propre à la fonction publique. De surcroît, sa valeur juridique est limitée : les indications fournies par le Conseil d'Etat, inscrites dans les motifs, n'ont de force juridique obligatoire que dans la mesure où elles sont le soutien nécessaire du dispositif.

---

(88) C.E., 17 avril 1963, D. 1963, p. 689, note Lino di Qual.

(88) C.E., 26 décembre 1925, Rodière, G.A., p. 183.

Divers arguments sont avancés pour expliquer cette jurisprudence, pour le moins réservée, du Conseil d'Etat. Pour certains, la règle de séparation des autorités en serait le fondement : si l'on a soustrait en 1790 l'Administration à l'autorité du juge judiciaire, ce n'est pas pour la faire retomber sous celle du Conseil d'Etat. Par ailleurs, on a dit que la contrainte, ne pouvait être utilisée par un organe de la puissance publique contre un autre de ses organes. Enfin, il a été soutenu que si le juge s'était reconnu le pouvoir de donner des ordres à l'Administration, il aurait agi en tant que supérieur hiérarchique — ce qui n'est pas sa vocation (89).

Ces arguments ne laissent pas de susciter la critique. Il serait plus conforme au régime de droit que le juge administratif fût au-dessus de l'Administration, selon la formule du Doyen Hauriou (90). En effet, rien n'interdit d'abord à un juge d'adresser des injonctions à l'Administration : celle-ci ne doit pas être considérée comme intouchable et elle ne l'est pas. Ainsi le droit comparé nous enseigne qu'en Grande-Bretagne le juge dispose de certains moyens efficaces tant à l'encontre des administrateurs que des particuliers : par des writs ou orders, il peut leur enjoindre d'agir ou de s'abstenir. Semblable solution n'est du reste pas inconnue du droit positif français. Le juge judiciaire se reconnaît généralement le pouvoir d'adresser des injonctions à l'Administration : d'abord dans les cas où celle-ci s'est rendue coupable d'une voie de fait, il pourra lui ordonner de remettre les choses en l'état ; ensuite — et sur un plan beaucoup plus large — il conserve la plénitude de son pouvoir juridictionnel et donc la possibilité de donner des ordres à l'autorité administrative toutes les fois que « l'attribution de compétence qui lui est faite implique la soumission de l'Administration à un régime de droit privé » (91). Il en sera ainsi dans le contentieux des services publics industriels et commerciaux, des services publics sociaux, en cas de gestion privée dans les services publics (92). Par exemple, il pourra dans ces domaines ordonner l'expulsion de l'Administration (93), lui

---

(89) Pour une présentation systématique de ces arguments, V. J. Chevallier, *L'interdiction pour le juge administratif..., op. cit.*, p. 75 à 77.

(90) Note sous C.E., 16 décembre 1908, Elections de Bouilh-Pereuilh, S. 1909, III, 65.

(91) G. Vedel, *Précis..., op. cit.*, p. 405.

(92) Cass. civ. 5 novembre 1953, Bull. civ. IV, p. 496 ; Civ. 19 mars 1958, Bull. civ. I, p. 122.

(93) Req. 29 novembre 1938, D. 1939, I, 101, note M. Waline.

enjoindre de procéder à la remise en état des lieux (94), lui ordonner la démolition de certains constructions (95) sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'ouvrages publics. Les Tribunaux judiciaires se reconnaissent donc beaucoup plus souvent qu'on ne le croit généralement la possibilité de donner des ordres à l'Administration (96). Dès lors, la réserve du Conseil d'Etat tiendrait-elle à la nature de la juridiction administrative ? Celle-ci se sentirait-elle plus démunie que l'autorité judiciaire dans l'exercice de ses pouvoirs juridictionnels ? On ne saurait l'affirmer, car lorsque le juge administratif condamne des parties privées, il se reconnaît l'intégralité des pouvoirs normalement dévolus à toute juridiction. Ainsi peut-il prononcer des astreintes à l'égard des particuliers (97) ou les condamner à des obligations de faire (98). D'ailleurs nous avons vu que le Conseil d'Etat s'était reconnu le pouvoir d'adresser des ordres à l'Administration jusqu'en 1918 environ (99) : aussi l'acquisition de l'autonomie juridictionnelle par le Conseil d'Etat qui remonte à 1872 ne saurait utilement être invoquée pour fonder juridiquement les présentes solutions jurisprudentielles. Du reste, aujourd'hui encore, le juge administratif se reconnaît le pouvoir d'adresser des injonctions aux autorités administratives dans le contentieux de la répression, lorsqu'une contravention de grande voirie est imputable à une collectivité publique (100).

Dès lors, l'attitude du juge administratif qui, par principe, s'interdit d'adresser des injonctions à l'Administration ne découle nullement de la règle de séparation des pouvoirs ni de celle des fonctions. En effet, ce sont les juges judiciaires, contre lesquels a été établi le principe de l'indépendance de l'Administration active, qui se reconnaissent le pouvoir d'adresser des ordres aux autorités administratives. Du reste, donner des ordres à l'Administration ne revient nullement à se substituer à elles. Un exemple tiré de l'ancien arrêt Société de secours mutuel La Fraternelle Lavalloise illustrera notre démonstration (101). Cette affaire

---

(94) Civ. 5 novembre 1953, Bull. civ. IV, 496.
(95) Civ. 27 février 1950, J.C.P. 1950, II, 5517, note Cavarroc.
(96) Sur tous ces points v. Jean-Pierre Rougeaux, *La procédure applicable devant les Tribunaux judiciaires sur les affaires intéressant l'Administration*, Th. Paris dactyl. 1970, p. 136 et suiv.
(97) C.E., 25 novembre 1936, Wagon, Rec. p. 1036.
(98) C.E., 30 octobre 1963, S.A.R.L. Sonetra, Rec. p. 520.
(99) V. *supra*, p. 67.
(100) C.E., 22 mars 1961, ville de Charleville, Rec. p. 204.
(101) C.E., 10 novembre 1911, précité.

concernait le refus d'approbation des statuts d'une société de secours mutuel : après avoir annulé ce refus, le juge décide « que les modifications apportées à l'article 4 des statuts de la société " La Fraternelle Lavalloise " *doivent être approuvées de droit,* comme n'ayant rien de contraire à la loi du 1er avril 1898. » Ce libellé nous montre clairement que si le Conseil d'Etat entend adresser un *ordre* à l'Administration du fait de *l'obligation juridique* qui pèse sur elle (et que l'utilisation du verbe « devoir » résume) par contre il n'entend nullement se substituer à elle puisqu'il ne dispose pas que les modifications litigieuses « *sont* » approuvées de droit. Il apparaît donc clairement que l'injonction et la substitution relèvent de deux catégories juridiques bien distinctes. Et M. Dupuis (102) de noter en ce sens : « on prend pour l'exécution forcée l'ordre du juge de passer à cette exécution forcée. »

Dès lors, l'actuelle position du Conseil d'Etat ne paraît nullement fondée en droit. De surcroît elle a des conséquences fort regrettables pour le plaideur. Le juge, après avoir donné satisfaction au requérant en annulant l'acte administratif, se refuse à en tirer lui-même les conséquences de droit qui s'imposent, c'est-à-dire à ordonner à l'Administration de prendre telle ou telle décision, de retirer tel ou tel acte. Cette attitude est tout à fait contraire à la mission juridictionnelle du Conseil. Celui-ci, après avoir donné gain de cause au requérant, ne doit pas le laisser démuni en face de la bonne... ou de la mauvaise volonté administrative : il doit lui permettre d'obtenir efficacement et réellement satisfaction. En réalité, ce comportement procède de la volonté du juge suprême de protéger les prérogatives de l'Administration active. Cette protection a souvent été dénoncée par la doctrine dans la mesure où « il s'agit là évidemment d'un défaut majeur, de nature à porter atteinte au prestige de la juridiction administrative et aux espoirs que les particuliers mettent en elle » (103). Aussi convient-il de déplorer, en notre domaine, les insuffisances de l'intervention du Conseil d'Etat.

En réalité, cette jurisprudence ne peut s'expliquer que par la volonté délibérée du Conseil d'Etat de ne pas contraindre l'Administration. A ce propos, M. Weil a pu écrire : « si aujourd'hui encore, le juge administratif veille à ne jamais enjoindre quoi que ce soit à l'Administration, ce n'est pas par respect du principe périmé de l'indépendance de l'Administration mais pour des rai-

(102) *Les privilèges de l'Administration, op. cit.,* p. 183-184.
(103) Auby et Drago, *Traité..., op. cit.,* p. 112.

sons d'opportunité : il y a là toute une politique jurisprudentielle qui n'a rien à voir avec la séparation des pouvoirs » (104). Et M. Rivero de préciser : « si le juge administratif s'interdit ce qu'il considère comme une immixtion dans l'action administrative, c'est en vertu d'une autolimitation, non d'un impératif extérieur à sa volonté » (105). Cette réserve tient, du reste, à la qualité de l'une des parties : « la fonction juridictionnelle perd sa dimension normale lorsqu'elle s'exerce à l'encontre de l'Administration » (106).

Le juge s'impose à lui-même des contraintes auxquelles ne l'obligeaient aucun texte ni aucun principe général de notre droit. C'est à une solution inverse que le Conseil d'Etat devrait se rallier. La règle de l'indépendance de l'Administration active par rapport au juge — fût-elle applicable en la matière — n'a pas été établie pour limiter les pouvoirs d'un juge administratif... qui n'existait pas à l'époque mais pour endiguer les prérogatives des anciens Parlements. Et c'est à une transposition fallacieuse que se livre le Conseil d'Etat lorsqu'il invoque le principe de séparation des autorités : dans un régime parlementaire conforme à la tradition constitutionnelle française, la règle signifie que les pouvoirs doivent être distribués entre des autorités différentes, ce qui implique leur séparation organique ; mais il est aussi de l'essence de la tradition parlementaire que chacune des autorités puisse agir sur l'autre. De même que le pouvoir législatif doit être à même de renverser l'exécutif, de même celui-ci doit pouvoir être sanctionné par le judiciaire, être contraint par lui. Dès lors, pour que le Conseil d'Etat mérite la qualité de juge, il serait dans la logique des choses que la Haute Assemblée « maintenant autonome et complètement séparée de l'Administration active, engage avec celle-ci un duel pour se la subordonner » (107). Le Doyen Hauriou qui formulait ce souhait raisonnable en 1911 n'a toujours pas été écouté. On peut le regretter d'autant plus que la réserve du Conseil ruine l'équilibre entre les pouvoirs si chers à Montesquieu : de l'infériorisation volontaire du juge administratif en face de l'Administration pourrait un jour resurgir un Etat de police fondé sur la libre détermination de la puissance publique.

---

(104) P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, op. cit.*, p. 60.

(105) J. Rivero, *Le système français...*, art. cit., p. 828.

(106) *Eod. loc.*

(107) Maurice Hauriou, *Précis...*, 7e éd., p. 73.

Par ailleurs, des arguments plus techniques militent en faveur de la reconnaissance par le Conseil d'Etat de son pouvoir d'adresser des ordres à l'Administration. Une partie de la doctrine actuelle s'est penchée sur ce problème et estime que toute annulation devrait contenir une injonction à l'égard de l'Administration (108). Il ne suffit pas de constater que l'injonction est incluse dans l'annulation comme le germe dans l'œuf (109), il faudrait encore *préciser à l'Administration les obligations juridiques qui découlent nécessairement de l'annulation.* On voit bien les avantages qu'offrirait une telle solution pour le particulier qui bénéficierait d'une garantie supplémentaire, dans la mesure où l'Administration serait juridiquement contrainte d'exécuter la sentence juridictionnelle. En outre, semblable méthode renforcerait la position du juge administratif et du Conseil d'Etat en particulier, face à l'Administration. Malgré tout il ne faut pas se dissimuler les limites de l'utilisation de ce procédé qui constitue une arme à double tranchant. D'une part, si, envers et contre tout, l'Administration n'exécutait pas l'ordre contenu dans l'arrêt d'annulation, le Conseil d'Etat pourrait perdre de son prestige : on use à pure perte son pouvoir si l'on n'est pas obéi ; on aliène son autorité si celle-ci est bafouée. Mieux vaut peut-être, dans l'esprit de certains, ne pas donner d'ordres que de risquer leur inexécution. D'autre part, on peut se demander si le pouvoir d'injonction aurait un autre effet que d'intimider l'Administration — et « on avouera que ce serait un résultat bien pauvre pour un tel revirement de jurisprudence » (110).

Pour notre part, nous pensons cependant que les avantages de l'utilisation de l'injonction dépasseraient largement ses inconvé-

---

(108) En ce sens, C. Debbasch, *Précis..., op. cit.*, p. 450 ; G. Dupuis, *Les privilèges..., op. cit.*, p. 256-257 ; J. Rivero, *Le système français...*, art. cit. ; M. Waline, note sous C.E., 10 octobre 1969, consorts Muselier, R.D.P. 1970, p. 774. L'évolution de la pensée de M. Waline est récente et très nette. Dans son Précis (Ed. Monchrestien, 1969, p. 191) l'auteur écrivait encore : « le juge doit s'abstenir d'inclure dans ses décisions des dispositions qui en feraient de véritables actes administratifs. Il ne peut pas, par exemple, faire un règlement à la place de l'autorité administrative ; et il doit même s'abstenir d'adresser à l'Administration des injonctions autres que des ordres de payer. » L'année suivante, dans la note précitée (p. 781), l'éminent Professeur affirmait : « *aucun texte ni aucun principe général de droit ne lui interdit d'adresser des injonctions à l'Administration.* Il lui appartient de prouver le mouvement en marchant. »

(109) P. Weil, *Les conséquences de l'annulation..., op. cit.*, p. 60.

(110) *Eod. loc.*

nients (111). Jusqu'à présent, par sa jurisprudence timide, le Conseil d'Etat nous a montré les risques et les dangers des simples « souhaits » qu'il formule dans ses arrêts. Ce temps est révolu, ainsi que le soulignait très récemment M. Waline, car il appartient au Conseil de « prouver le mouvement en marchant » (112). Comment pourrait-il le faire ? Pour notre part, nous pensons qu'en une première étape, la Haute Assemblée pourrait se reconnaître le pouvoir d'adresser des ordres à l'Administration lorsque celle-ci a compétence liée : en effet, conformément à sa philosophie traditionnelle, elle n'empiéterait pas alors sur les attributions de l'autorité administrative active puisque celle-ci serait, en tout état de cause, obligée de prendre l'acte auquel la contraint le Conseil d'Etat. En pareil cas, l'appréciation discrétionnaire de l'Administration n'existe plus. Jèze remarquait déjà au début du siècle : « lorsque, pour un acte, il n'existe aucune liberté pour l'Administration, il est clair qu'il n'y a pas atteinte à son indépendance si, à son refus, l'acte obligatoire est accompli par le juge » (113). Il n'y a donc aucune raison, *a fortiori*, de ne pas permettre l'injonction du juge. Ainsi dans l'arrêt Faderne (114), le Conseil d'Etat aurait pu légitimer la solution donnée par les juges de première instance : les faits reprochés au requérant étant amnistiés, la sanction disciplinaire tombait automatiquement et le ministre ne pouvait que restituer au fonctionnaire son statut antérieur. Par ailleurs, lorsque l'Administration dispose d'une compétence discrétionnaire, le Conseil pourrait commencer par ordonner que son jugement soit exécuté dans un délai prescrit (115). En la matière, une politique jurisprudentielle des étapes paraît souhaitable.

De semblables orientations permettraient au Conseil d'Etat français d'aligner sa jurisprudence sur celle d'autres pays de la Communauté européenne dans lesquels le juge se reconnaît le pouvoir d'adresser des ordres à l'Administration (116). Telle la

---

(111) Sur la justification théorique et l'utilité pratique de l'injonction, v. Chevallier, *L'interdiction pour le juge administratif...*, art. cit., p. 85 à 88.

(112) M. Waline, note sous C.E., 1969, Muselier, art. cit., p. 781.

(113) Note Jèze, R.D.P. 1905, p. 110, note 3.

(114) Précité, v. *supra*, p. 64.

(115) V. Lessona, *De l'obligation pour l'Administration de se conformer à la chose jugée par les Tribunaux judiciaires et administratifs*, E.D.C.E., 1960, p. 39.

(116) En ce sens, v. le colloque des Conseils d'Etat et Tribunaux administratifs suprêmes des pays membres des Communautés européennes, E.D.C.E., 1971, p. 9 et suiv. Cf. notamment le rapport de synthèse « *Le contrôle par le*

Cour suprême administrative allemande qui, « sur recours tendant à obtenir de l'Administration un acte administratif », s'autorise à prononcer non seulement que la décision attaquée est annulée, mais encore que l'Administration est tenue de prendre une nouvelle décision en tenant compte de la conception juridique du Tribunal (117). Tel aussi le Conseil d'Etat italien qui va jusqu'à prendre une décision se substituant à la mesure administrative annulée en cas de compétence liée (118). Autant d'exemples qui pourraient inspirer avec bonheur le Conseil d'Etat de France. Alors un pas de plus serait franchi — et non des moindres — vers une meilleure efficacité des arrêts d'annulation.

SOUS-SECTION II. — La portée indirecte de l'annulation.

L'annulation contentieuse comporte-t-elle des effets à l'égard d'autres actes administratifs que ceux qui ont fait l'objet de la sentence juridictionnelle ? *A priori,* on pourrait le penser. Au point de vue matériel, en effet, acte administratif et acte juridictionnel sont de même nature (119) : l'acte juridictionnel c'est le dispositif, c'est la décision normative qui s'y trouve contenue. Les motifs sont, quant à eux, plaqués, le plus souvent *a posteriori,* sur le dispositif : aussi reconnaît-on que ceux-là n'ont l'autorité de la chose jugée que lorsqu'ils sont le nécessaire soutien de celui-ci. Dès lors, aucune différence de fond ne sépare le jugement de l'acte administratif, ainsi que le remarquait M. Dubisson dans sa thèse : « l'un, l'arrêté administratif d'interdiction, posait par exemple que la réunion était dangereuse pour le maintien de l'ordre public, donc illégale. L'autre, la décision juridictionnelle d'annulation, pose au contraire que la réunion considérée n'avait pas le caractère que lui prêtait l'Administration et qu'elle ne pouvait pas être interdite de ce chef » (120).

Cependant, acte administratif et sentence juridictionnelle ne sauraient entraîner les mêmes effets : ils n'ont pas la même force

---

juge administratif de l'intervention économique de l'Etat » présenté par J. Mégret, p. 130-131.

(117) Rapport présenté au nom de la République fédérale d'Allemagne par M. Fischer, *Ibid.,* p. 40.

(118) Rapport présenté au nom de l'Italie par MM. Potenza et Pezzana, *Ibid.,* p. 96.

(119) Michel Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir,* Th. Paris, L.G.D.J., 1957, p. 240 et suiv.

(120) *Ibid.,* p. 242-243.

juridique obligatoire car la loi interdit au juge de prendre des arrêts de règlement. Le jugement ne pourra en principe entraîner que l'annulation de l'acte qui a fait l'objet du recours. Le principe ne connaît aucune exception lorsqu'on se trouve en présence de l'annulation d'un texte réglementaire : si des actes individuels ont été pris en vertu du règlement annulé, ils ne disparaissent nullement si les intéressés n'ont pas pris la précaution de les attaquer dans les délais du recours contentieux (121). Le fondement de cette solution réside dans le principe de l'intangibilité des actes administratifs individuels ayant créé des droits : les droits acquis doivent être protégés après l'expiration des délais du recours pour excès de pouvoir.

Mais la jurisprudence reconnaît deux catégories d'exceptions à ce principe lorsqu'on se trouve en présence de l'annulation d'un acte administratif individuel (122). D'une part, le Conseil d'Etat procède parfois à des *annulations par voie de connexité :* le Conseil d'Etat porte alors un jugement de valeur sur des situations identiques. On peut en trouver un exemple révélateur dans le contentieux de la fonction publique, en ce qui concerne les décisions individuelles ayant des répercussions sur la situation des différents agents dont la carrière est comparable ; ainsi l'annulation d'une inscription à un tableau d'avancement impose, par voie de connexité, la révision de la situation administrative des fonctionnaires avec lesquels l'intéressé se trouve en concours (123). Dans un tel cadre, la sentence juridictionnelle revêt bien un « caractère réglementaire » (124) puisque tous les agents se trouvant dans le même cas voient leur situation révisée selon des procédés uniformes (125).

D'autre part, les décisions individuelles non attaquées peuvent être remises en cause lorsque « l'annulation d'une autre mesure individuelle entraîne nécessairement la modification de la situation administrative des collègues du fonctionnaire qui a obtenu l'annulation de la mesure individuelle lui faisant grief » (126).

---

(121) C.E., 1er avril 1960, Queriaud, Rec. p. 245, concl. Henry.
(122) Concl. Henry précitées, p. 248.
(123) C.E., 4 février 1955, Marcotte, Rec. p. 70.
(124) Laurent, *L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'Etat,* Th. Aix-en-Provence, 1941, p. 122.
(125) Concl. Henry précitées p. 248. Par contre le bénéfice du recours n'est pas généralisé au niveau du contentieux de la réparation. Les avantages pécuniaires accordés pouvant très bien ne pas être les mêmes (C.E., 20 octobre 1937, Ducarme et Vernis, Rec. p. 827).
(126) Concl. Henry précitées.

Ainsi, après avoir annulé la mutation d'un fonctionnaire, le Conseil d'Etat a *annulé par voie de conséquence* la décision affectant un autre fonctionnaire au poste laissé vacant par la mutation, alors que cette décision n'avait pas été attaquée (127).

Cependant, si le Conseil d'Etat accepte de remettre en cause les actes - conséquences d'un acte administratif lui-même annulé par le juge, c'est-à-dire « les actes normateurs intervenus entre l'édiction de la mesure illégale et son annulation » et pris en application de ladite mesure, par contre, il s'est toujours refusé à prononcer des annulations par voie d'antécédence (128). Ainsi, dans un arrêt déjà ancien mais qui marque bien la ferme position de la jurisprudence, le Conseil d'Etat, saisi d'une demande tendant à l'annulation des opérations électorales, a bien, en statuant sur cette requête, reconnu l'irrégularité du sectionnement électoral de la commune, mais n'en a pas prononcé l'annulation (129). Attitude jurisprudentielle timide que le Commissaire du gouvernement, Léon Blum, avait pourtant demandé au Conseil d'Etat de dépasser en proposant d'ajouter « à défaut de toute conclusion positive des parties, un second article du dispositif qui prononcerait par voie de conséquence (ou plus exactement par voie d'antécédence) l'annulation du sectionnement lui-même. » Le Conseil d'Etat n'a pas fait sienne cette conception hardie qui aurait étendu, de façon bénéfique, la portée du recours pour excès de pouvoir.

Toute la politique jurisprudentielle relative à la portée de l'annulation, si elle satisfait l'Administration active, n'assure, par contre, pas complètement la protection des particuliers. Les carences de notre procédure administrative contentieuse sont particulièrement lourdes de conséquences en notre domaine, car elles permettent trop souvent à l'Administration d'échapper à la règle de droit, notamment en n'exécutant pas les sentences qui la concernent.

---

(127) C.E., 20 janvier 1939, Hollender, Rec. p. 20.
(128) Weil, *Les conséquences..., op. cit.*, p. 192.
(129) C.E., 5 mai 1911, Lacan, Rec. p. 532, concl. Blum.

CHAPITRE III

L'EXECUTION DE L'ARRET

L'autorité de chose jugée s'attache aux décisions des juridictions administratives comme à tout jugement ; la formule exécutoire y est inscrite ordonnant aux autorités compétentes de pourvoir à l'exécution. Dès lors si le juge administratif a prononcé l'annulation de l'acte qui lui a été déféré, l'autorité administrative compétente doit, en principe, donner satisfaction au requérant. Mais nous avons vu qu'il ne se reconnaissait pas le droit d'obliger l'Administration à prendre des décisions conformes à son jugement. De ce fait, on conçoit aisément que ce même juge limite son contrôle sur l'exécution de son arrêt. Par ailleurs, il se montrera très timide pour sanctionner l'inexécution de sa sentence.

— *Section I.* — Limites du contrôle sur l'exécution de l'arrêt.

— *Section II.* — Limites des sanctions pour inexécution de la chose jugée.

SECTION I. — LIMITES DU CONTROLE SUR L'EXECUTION DE L'ARRET.

Par principe, le juge administratif se refuse à suivre l'exécution de ses sentences. C'est là une affaire d'administration active qui, à ses yeux, ne saurait relever du contentieux. Il a fallu attendre le décret du 31 juillet 1963 pour que le Conseil d'Etat se voit invité, dans une certaine mesure, à contrôler l'exécution de ses décisions. Trois procédures autorisent un tel contrôle. D'une part, lorsque l'Administration ne voit pas clairement quelles suites donner à un arrêt, le ministre intéressé peut « demander au

Conseil d'Etat d'éclairer l'Administration sur les modalités d'exécution de la décision » (art. 58) ; d'autre part, le Conseil d'Etat peut, de lui-même, « appeler l'attention de l'Administration sur les suites à donner à la décision » (*eod. loc.*) ; enfin, en vertu de l'art. 59 du décret précité, le requérant peut, au terme des six mois qui suivent le prononcé de la décision qui lui a donné satisfaction, signaler au Conseil d'Etat les difficultés auxquelles il se heurte pour en obtenir l'exécution. Dans toutes ces hypothèses, c'est la Commission du rapport qui doit être saisie.

Il est difficile de dresser un bilan de l'application de ces différentes procédures dont l'application est relativement récente. On peut cependant constater que le Conseil d'Etat n'use qu'avec une extrême modération des pouvoirs qui lui ont été reconnus en 1963 : depuis cette date et jusqu'à 1968, il n'a appelé qu'une seule fois l'attention de l'Administration sur les suites à donner à une décision contentieuse (1).

Le Conseil d'Etat fait donc preuve d'une très grande réserve. Cette autolimitation est fort dangereuse pour les administrés, car il faut bien reconnaître, malheureusement, que les hypothèses de violation de la chose jugée ne sont pas rares (2). Ainsi, dans l'affaire Bréart de Boisanger, le Conseil d'Etat eut à se prononcer trois fois (3) et l'administrateur de la Comédie Française ne fut jamais réintégré dans ses fonctions. De même dans l'arrêt Fédération nationale des malades, infirmes et paralysés rendu le 10 mai 1961 (4) le Conseil d'Etat avait prononcé l'annulation pour partie du décret du 7 juin 1955. Cependant une circulaire du Ministre du Travail et de la Sécurité sociale du 3 juillet 1961 a invité les organismes de Sécurité sociale « à s'en tenir aux dispositions applicables antérieurement à l'intervention de l'arrêt du Conseil d'Etat. » La résistance de l'Administration n'est pas toujours aussi voyante (5) : parfois l'Administration exécutera mais avec indiffé-

---

(1) Meme, *L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions,* E.D.C.E., 1968, p. 41.

(2) En ce sens v. Lefas, *Notes sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux.* E.D.C.E., 1958, p. 83 ; Laby, *L'inexécution par l'Administration des décisions du juge administratif,* Droit ouvrier, 1963, p. 250.

(3) C.E., 27 octobre 1961, Rec. p. 595 ; C.E., 1er décembre 1961, Rec. p. 676 ; C.E., 13 juillet 1962, Rec. p. 484.

(4) Rec. p. 177.

(5) On peut consulter sur cette question la thèse de M. Montané de la Roque, *L'inertie des pouvoirs publics, op. cit.*

rence et lenteur (6) ; l'administré peut alors n'obtenir satisfaction qu'avec un long retard (7).

Dans de semblables hypothèses, le Conseil d'Etat essaiera bien de combattre l'inertie de l'Administration, mais sans arriver à la vaincre car il ne se donne pas les moyens de la sanctionner avec suffisamment d'énergie.

SECTION II. — LIMITES DES SANCTIONS POUR INEXECUTION DE LA CHOSE JUGEE.

Le particulier « victime » d'une violation de la chose jugée par l'Administration ne peut que réintroduire une nouvelle action devant le juge administratif. En matière d'excès de pouvoir, il est admis que le requérant, qui se voit opposer de nouvelles décisions administratives contraires à un jugement, pourra les attaquer en invoquant soit directement la violation de la chose jugée, soit le détournement de pouvoir (8). Mais le Conseil d'Etat, conformément à la ligne de conduite qu'il s'est tracée et que nous évoquions plus haut, ne se reconnaît — même pas à ce stade — le droit de contraindre l'Administration à se conformer à sa sentence. Tout au plus renforcera-t-il parfois sa position en impartissant à l'Administration un délai pour tirer toutes les conséquences juridiques de sa décision (9). En outre, il admet que l'inexécution d'une décision de justice constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'Administration (10). Enfin, le décret du 31 juillet 1963 a prévu que la Commission du Rapport pourrait mentionner, dans son rapport annuel, les cas d'inexécution des sentences juridictionnelles (11).

---

(6) Voir en ce sens, dans le contentieux de la responsabilité, C.E., 2 mai 1962, Caucheteux et Desmonts, R.D.P. 1963, p. 279, note M. Waline.

(7) Sur l'ampleur des refus d'exécution des sentences des juridictions administratives par l'Administration, v. M. Gjidara, *La fonction..., op. cit.*, p. 284 et suiv.

(8) C.E., 19 octobre 1938, Amicale des Greffiers de l'Algérie, Rec. p. 767 ; C.E., 22 janvier 1947, Véron-Réville, Rec. p. 523 ; C.E., 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture c. dame Lamotte, G.A., p. 325 ; C.E., 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, Rec. p. 484.

(9) C.E., 12 mai 1950, Lhomme, Rec. p. 284.

(10) C.E., 19 mai 1950, Cie d'exploitation automobile, Rec. p. 304 ; jurisprudence constante v. également C.E., 10 mai 1967, Bastard, Rec. p. 933.

(11) Art. 59 du décret précité.

Nous avons signalé que les violations de la chose jugée étaient relativement fréquentes (12). Les sanctions prononcées par le Conseil d'Etat ne suffisent pas à endiguer la mauvaise volonté de l'Administration ; « annulations à répétition » et mise en jeu de la responsabilité administrative ne sont pas assez lourdes pour ce faire ; le rapport annuel, s'il est un facteur de pression morale sur l'Administration, est loin d'avoir l'autorité de celui de la Cour des Comptes qui, grâce à sa publication, permet une large information du public.

Dans ces conditions, la situation serait-elle sans issue, comme le laisse entendre M. Gjidara ? (13). Certes, il n'existe aucun remède miracle, mais seulement diverses solutions qui pourraient améliorer la situation actuelle. Plusieurs méthodes pourraient être envisagées. Une première consisterait à admettre la responsabilité du fonctionnaire pour faute personnelle en cas d'inexécution par celui-ci de la chose jugée. Cette méthode fut préconisée par de très grands auteurs aussi différents qu'Hauriou (14). Duguit (15) ou Jèze (16). En effet, l'agent qui méconnaît la chose jugée commet une faute personnelle ; il n'est plus du tout dans la ligne de la fonction administrative, puisqu'il est déterminé par un but étranger à l'accomplissement de celle-ci. Sur un plan pratique, cette technique permettrait d'éviter l'irresponsabilité administrative car « condamner une administration publique à une indemnité pécuniaire, c'est encore une impasse si cette Administration ne veut pas s'exécuter » (17). En outre, ladite sanction aurait moins un caractère répressif que préventif : elle donnerait à l'agent la conscience d'une menace directe et le dissuaderait vraisemblablement de mettre à exécution son intention mauvaise. Dés lors, il reviendrait au Tribunal des Conflits de souligner clairement que l'inexécution de la chose jugée constitue par elle-même une faute personnelle à propos de laquelle il ne pourrait que rejeter systématiquement tout arrêté de conflit.

M. Braibant a présenté une critique judicieuse de cette théorie (18). D'une part, cette solution se concilierait mal avec la

(12) *V. supra,* p. 76-77.
(13) *Op. cit.,* p. 324.
(14) Note sous C.E., 23 juillet 1909, Fabrègues, précité, S. 1911, III, 121.
(15) Léon Duguit, *Les transformations du droit public,* Armand Colin, 1913, p. 219-220.
(16) Note sous C.E., 23 juillet 1911, Rougegré, R.D.P., 1913, p. 437.
(17) Hauriou, *eod. loc.*
(18) G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir,* E.D.C.E., 1961, p. 53.

conception très restrictive qu'adopte aujourd'hui la jurisprudence en matière de faute personnelle et à laquelle on ne ramène pas automatiquement même des délits pénaux (19) ou des voies de fait (20). D'autre part, elle correspondrait peu aux réalités de la vie politique et administrative car « le refus d'exécution de la chose jugée est rarement le fait d'un agent isolé animé par des motifs personnels ; il résulte souvent des interventions convergentes de plusieurs services ou de la délibération d'un organisme collégial » (21). Et l'auteur rapporte même le cas d'une violation de la chose jugée émanant du gouvernement dans son ensemble (22). Dans une telle hypothèse, extrême il est vrai, la responsabilité personnelle d'un agent public ne peut être discernée.

Une autre voie semble possible pour forcer l'Administration à exécuter la chose jugée et réside dans l'astreinte. En droit privé son utilisation manifeste l'*imperium* du juge qui peut prescrire l'exécution en nature avant de prononcer une condamnation à dommages-intérêts ; elle revêt le caractère d'une peine privée sans rapport avec l'importance du préjudice occasionné. C'est une mesure comminatoire extrêmement efficace et très utilisée par le juge judiciaire, y compris dans l'hypothèse où il sanctionne l'Administration coupable d'une voie de fait. Le juge administratif ne pourrait-il pas s'en servir pour faire cesser la violation de la chose jugée par l'Administration ? La doctrine classique enseigne que son utilisation est impossible pour sanctionner les obligations de la puissance publique (23), et le motif décisif qui est avancé réside dans la séparation de l'Administration active et du juge. Nous avons dit plus haut ce qu'il fallait penser de la valeur actuelle de ce principe qui marque en réalité la volonté d'autolimitation du Conseil d'Etat (24). L'impossibilité pour le juge administratif de recourir à l'astreinte ne repose sur aucun fondement (25). Utile en droit privé, l'astreinte rendrait également les plus grands services au droit administratif. Il faut bien reconnaître cependant que l'efficacité de ce procédé, transposé en

---

(19) T.C., 14 janvier 1935, Thépaz, G.A., p. 219.

(20) T.C., 8 avril 1935, Action Française, G.A., p. 222.

(21) *Eod. loc.*

(22) C.E., Section, 28 décembre 1949, Sté des automobiles Berliet, S. 1951, III, 1, concl. Guionin et note Mathiot ; D. 1950, 383, note Weil.

(23) Voir concl. Detton sur C.E., 27 janvier 1933, Le Loir, S. 1933, III, 132.

(24) V. *supra*, p. 65 et suiv.

(25) En ce sens, Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Th. Toulouse, L.G.D.J., 1968, p. 210, note 79.

droit public, ne serait pas totale. Certes la liquidation de l'astreinte par le juge serait un moyen de pression considérable à l'égard de l'Administration. Mais le juge ne pourrait pas aller plus loin — la saisie des biens des personnes publiques étant en principe impossible.

Aussi est-ce une tierce solution qui nous paraît souhaitable : solution qui n'aboutirait pas à un bouleversement des pouvoirs du juge administratif, mais seulement à une répartition différente des contentieux entre le juge administratif et le juge judiciaire. Il convient, pour ce faire, de bien saisir la nature du comportement obstiné de l'Administration refusant de se soumettre à un jugement. Les sentences juridictionnelles font incontestablement partie du bloc de la légalité, puisqu'un acte administratif qui les méconnaît peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir. Dès lors l'Administration qui, systématiquement, refuse d'appliquer une décision de justice commet une voie de fait, puisque son acte ou son activité n'est manifestement pas susceptible de se rattacher à l'application d'aucun texte juridique (26). L'avantage de cette solution résiderait dans la possibilité d'*ordonner* à l'Administration le rétablissement de la légalité. Finalement, le juge judiciaire se retrouverait compétent pour enjoindre aux autorités publiques d'exécuter les sentences du juge administratif. Nous ne pensons pas que ce serait un paradoxe : le juge judiciaire a toujours sanctionné, par le canal de la voie de fait, les irrégularités les plus flagrantes de l'Administration. Lui dénier compétence en la matière serait méconnaître le caractère gravement irrégulier du comportement de l'Administration qui n'exécute pas la chose jugée. Du reste, la voie semble tracée, puisqu'il est déjà admis que l'exécution d'un acte administratif, postérieurement à son annulation, constitue une voie de fait (T.C. 12 mai 1949, Sté anonyme « Actual Champs-Elysées », Rec. p. 595). On devrait étendre cette solution au cas où l'Administration, soucieuse d'une régularité de façade, remplace la décision annulée par une nouvelle décision identique à la première et dont l'exécution devrait être considérée comme constitutive d'une voie de fait.

---

(26) Encore faudrait-il, dans notre optique, que le domaine de la voie de fait ne soit pas limité à la protection du droit de propriété ou des libertés considérées comme fondamentales (*contra* V. C.E., 8 avril 1961, dame Klein, Rec. p. 216).

CONCLUSION DU TITRE I

L'efficacité du contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat est limitée du fait de la place privilégiée de l'Administration active par rapport au juge, d'une part, et par rapport aux particuliers d'autre part. Nous ne saurions, de ce fait, souscrire à l'assertion de M. Chaudet qui concluait sa thèse en énonçant : « le droit procédural est un droit d'égalité. L'inégalité des rapports qui caractérise le droit administratif a épargné la procédure administrative contentieuse devenue, sous l'influence des principes généraux, un droit d'égalité » (27). En fait, nous pensons avoir démontré le contraire : l'inégalité des parties en présence reste fondamentale avant, pendant et après l'instance ; à la puissance des pouvoirs publics s'oppose la faiblesse des particuliers. Le Conseil d'Etat ne fait sans doute pas tout ce qui est possible pour atténuer les conséquences très regrettables de cette disparité. En ce sens, on ne peut que dénoncer le caractère aléatoire de la protection des particuliers par le juge administratif (28) ; le Conseil d'Etat tend, en effet, à protéger les prérogatives de l'Administration.

---

(27) Chaudet, *Les principes généraux..., op. cit.*, p. 497.
(28) Cf. O. Dupeyroux, *Libertés publiques, op. cit.*

TITRE II

LES DOMAINES PRIVILEGIES DE L'ACTIVITE ADMINISTRATIVE

Nous avons vu, dans le titre précédent, que le Conseil d'Etat s'imposait des limites générales dans l'exercice de son contrôle juridictionnel dont il réduit ainsi l'efficacité. Mais il est des domaines particuliers de l'activité administrative sur lesquels le Conseil d'Etat ne veut exercer qu'un contrôle encore plus restreint. Ces domaines sont donc privilégiés, soit que le Conseil d'Etat n'exerce sur eux qu'un contrôle réduit, soit qu'il les soustraie à tout contrôle contentieux.

— *Chapitre I.* — Domaines à contrôle réduit.

— *Chapitre II.* — Domaines sans contrôle.

CHAPITRE I

DOMAINES A CONTROLE REDUIT

Le juge a forgé le recours pour excès de pouvoir à l'époque libérale pour contrôler les services publics classiques, c'est-à-dire ceux qui utilisent la contrainte pour agir. L'efficience du recours présuppose des références stables, une légalité pré-établie. Mais l'Etat — et c'est un lieu commun — a étendu ses compétences dans le monde économique : le fondement de son intervention réside dans la volonté de transformer l'ordre existant et dès lors le programme remplace la règle (1). Le Conseil d'Etat, en un premier temps au moins, a appliqué un contrôle restreint dans ce nouveau domaine de l'activité administrative.

Par ailleurs, en certaines matières, le juge administratif s'est heurté à des difficultés techniques tenant à la spécialisation des décisions qui lui étaient déférées et le Conseil d'Etat n'a pas toujours tenté de les surmonter.

Enfin, et plus traditionnellement, le Conseil d'Etat n'ose pas pousser trop avant ses investigations lorsque les questions soulevées devant lui ressortissent au domaine politique.

— *Section I.* — Le contentieux économique.

— *Section II.* — Le contentieux technique.

— *Section III.* — Le contentieux politique.

---

(1) V. Charles Debbasch, *Déclin du contentieux administratif ?* D. 1967, Chr. p. 97.

SECTION I. — LE CONTENTIEUX ECONOMIQUE.

Les interventions économiques de l'Etat tendent à la réalisation d'un ordre nouveau. A cette fin, des procédures inconnues de l'arsenal traditionnel du droit public permettent d'orienter l'action des Pouvoirs Publics. Une régulation efficace de ces mesures aurait nécessité de la part du Conseil d'Etat un effort d'approfondissement de son contrôle juridictionnel. Or jusqu'à ces toutes dernières années, le Conseil ne l'a pas fait (2) mais a, au contraire, réduit son contrôle et sur les motifs de l'acte attaqué (S.-S. I) et sur les mobiles de son auteur (S.-S. II).

SOUS-SECTION I. — Réduction du contrôle des motifs.

Le Conseil d'Etat manifeste une réserve à deux stades successifs : d'abord lorsqu'il cherche à connaître les motifs de la décision administrative qui lui est soumise, ensuite lorsqu'il veut en contrôler la qualification juridique.

§ I. — *Contrôle de l'exactitude des motifs.*

Jusqu'en 1968, le Conseil d'Etat ne se reconnaissait pas le pouvoir, en matière économique, de demander à l'Administration, en application de la jurisprudence Barel, de produire tous les documents susceptibles d'établir la conviction du juge. Le contentieux économique bénéficiait donc d'un traitement particulièrement favorable.

Puis la Haute Juridiction, comprenant sans doute que l'essentiel de l'action administrative risquait de lui échapper si elle n'assurait pas un contrôle plus efficace en matière économique, a transposé cette technique contentieuse dans ce domaine. Ainsi, dans l'arrêt Société « Maison Genestal », rendu le 26 janvier 1968 (3), le juge suprême s'est reconnu la possibilité de deman-

---

(2) Sur cette question, v. R. Savy, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'Administration,* A.J.D.A., 1972, I, 3. Egalement J. Delmas-Marsalet, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat,* E.D.C.E., 1969, p. 133 et Mégret, *Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat,* E.D.C.E., 1971, p. 119.

(3) G.A., p. 529.

der à l'Administration « les raisons de fait et de droit » qui ont motivé sa décision. Mais le Conseil d'Etat ne va pas plus loin et ne se donne pas les moyens de rendre sa demande efficace : en effet, l'Administration sera tentée d'y répondre au coup par coup, en forgeant *a posteriori* les motifs de la décision attaquée. Le juge se trouvera alors dans l'impossibilité de contrôler la réalité des motifs avancés s'il ne dispose d'aucun instrument de référence.

Pour éviter cet inconvénient, le Commissaire du Gouvernement, M^me^ Questiaux, dans l'affaire Sté Distilleries Brabant (4), invitait la Haute Juridiction à reconnaître au ministre le pouvoir de fixer réglementairement les conditions d'octroi des avantages économiques qu'il lui revient de dispenser. En l'espèce, la question était de savoir si le ministre pouvait fixer par voie réglementaire les règles de fond qui conditionnent la demande d'un agrément dont l'octroi lui revient. Une réponse affirmative aurait permis au Conseil d'Etat de s'assurer de l'exactitude et de la validité des motifs avancés isolément pour chaque octroi ou refus d'agrément, en se référant aux conditions posées par le règlement. Les avantages d'une telle solution auraient été doubles : pour le juge d'abord, qui se donnerait ainsi les moyens d'assurer un contrôle efficace sur les interventions économiques des pouvoirs publics ; pour les administrés ensuite, qui se verraient protégés contre l'arbitraire qui peut résulter d'un examen isolé de chaque situation individuelle. Tous avantages qui poussaient M^me^ Questiaux à conclure : « il y a donc place pour un pouvoir réglementaire nécessaire à l'exercice du pouvoir d'agrément confié au ministre par le gouvernement et distinct du rôle propre du gouvernement » (5).

Mais le Conseil d'Etat n'a pas suivi ces conclusions et a refusé de procéder à pareille extension : conformément à la tradition, il a limité le pouvoir réglementaire des ministres soit à l'organisation des services en vertu de la jurisprudence Jamart (6), soit, sur habilitation législative ou réglementaire, à l'édiction de dispositions qui ne sont pas de nature à créer des obligations nouvelles (7). Le Conseil d'Etat n'a donc pas voulu — ou pas osé — sortir du dilemme dans lequel l'enfermaient les interventions économiques de la puissance publique : à savoir soit opérer un

(4) C.E., 23 mai 1969, A.J.D.A., 1969, I, 640, concl. Questiaux et note Tournié, D. 1970, 673, note Fromont.
(5) Concl. précitées, p. 644.
(6) C.E., 7 février 1936, G.A., p. 229.
(7) C.E., 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, G.A., p. 398.

contrôle juridictionnel efficace, mais alors il lui fallait reconnaître un pouvoir réglementaire autonome au ministre ; soit refuser semblable reconnaissance, mais en se privant d'une censure contentieuse efficace.

Depuis lors, la Haute Juridiction, sous l'influence de quelques uns de ses membres — parmi les plus novateurs — (8) a voulu franchir cet obstacle. Dans son arrêt récent, Crédit Foncier de France, en date du 11 décembre 1970 (9), le Conseil d'Etat a reconnu à une autorité administrative, en l'espèce le Fonds National d'Amélioration de l'Habitat, le pouvoir de définir, dans des directives, les orientations générales de son action.

Le principe, ici dégagé par le juge suprême, n'est pas totalement nouveau. Le Commissaire du gouvernement Tricot en avait fourni les prémisses dans ses conclusions sur l'arrêt Institution Notre-Dame du Kreisker (10), en ces termes : « le Ministre a le pouvoir de prendre des décisions individuelles. Ce pouvoir implique celui d'adopter et de publier les règles générales en vertu desquelles ces décisions seront prises. » Ainsi les ministres peuvent préalablement déterminer dans des textes les critères sur lesquels ils entendent fonder les décisions individuelles prises dans l'exercice de leurs attributions. On peut citer, en ce sens un arrêt Arnaud (11) qui permet au ministre de fixer les principes dont il entend s'inspirer dans l'examen de la situation individuelle de chaque officier pour l'élaboration du tableau d'avancement. Mais le Conseil considère que non seulement ces principes n'ont aucun caractère impératif, mais encore que la circulaire qui les exprime ne fournit aux autorités compétentes que des directives d'ordre intérieur.

Un pas de plus — et il est immense — est franchi par la jurisprudence Crédit Foncier de France. Les directives ne sont plus des mesures d'ordre intérieur mais des actes administratifs faisant grief susceptibles de fonder en droit les actes individuels d'application. En ce sens, elles réalisent, selon l'expression du Commissaire du gouvernement, M. Bertrand (12), une « codification des

---

(8) Cf. Delmas-Marsalet, *Le contrôle juridictionnel...*, art. cit., Dans cette chronique, le Maître des Requêtes critiquait la jurisprudence Brabant et préconisait un revirement. Revirement qui sera opéré quelques mois plus tard avec l'arrêt Crédit Foncier de France.

(9) Rec. 1970, p. 750, concl. Bertrand, A.J.D.A., 1971, I, 196, chr. H.T.C.

(10) Précité.

(11) C.E., 13 juillet 1962, Arnaud, A.J.D.A., 1962, I, 545, chr. Galabert et Gentot.

(12) Concl. précitées, p. 754.

motifs » pour lesquels les avantages financiers ou économiques pourront être accordés ou refusés. Ainsi le juge connaîtra à l'avance les raisons de fait ou de droit qui conditionneront l'octroi des aides dispensées par le Fonds ; il disposera d'un instrument de référence pour apprécier l'exactitude des motifs invoqués devant lui à l'appui d'une décision individuelle. Mais cet instrument de référence sera-t-il d'une précision suffisante ? On peut craindre qu'il ne le soit pas. D'abord, le cadre est extrêmement large : la directive a pour but de définir ce que seront les orientations futures du Fonds. Mais ensuite et surtout, elle n'a pas la force contraignante du règlement (13) : les autorités compétentes, qui sont réputées disposer d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, peuvent toujours y déroger dans l'intérêt général ou au vu de circonstances particulières propres au requérant — dérogations qui auraient été interdites si la directive s'était vu reconnaître un caractère réglementaire. Dès lors, la question fondamentale est de savoir dans quelle mesure le Conseil d'Etat sera à même de vérifier l'utilité des dérogations prises. Or, on peut douter de l'efficacité de ce contrôle : l'intérêt général est une notion bien floue qui peut couvrir beaucoup de dérogations aux directives ; et de toute façon, l'Administration pourra toujours invoquer des circonstances particulières... sans prendre trop de risques de se faire censurer ; le droit anglo-saxon nous apprend que la règle du précédent est d'application souple : il est bien rare que deux affaires soient totalement identiques ! En conséquence, les particuliers risquent de ne pas être correctement protégés par cette solution de « caractère extrêmement bâtard » (14).

On voudrait espérer que l'arrêt Crédit Foncier de France marque un acheminement vers la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome aux autorités administratives compétentes. Mais un revirement sur l'arrêt d'Assemblée Distilleries Brabant n'apparaît que peu probable dans l'avenir immédiat ; il permettrait pourtant à la Haute Juridiction de se donner les moyens de contrôler efficacement les interventions économiques de la puissance publique.

---

(13) Sur la nature juridique des directives, v. *infra*, p. 191 et suiv.
(14) Delmas-Marsalet, art. cit., p. 155.

§ II. — *Contrôle de la qualification juridique des motifs.*

Les faits, à les supposer établis, appartiennent-ils bien à la catégorie de ceux qui peuvent motiver légalement la décision prise ?

Pendant fort longtemps, le Conseil d'Etat s'est purement et simplement refusé à exercer un contrôle de la qualification juridique des faits, en matière d'économie dirigée et de législation sur les prix (15). Le Conseil d'Etat hésitait alors à censurer de semblables décisions pour violation de la loi (16). Il préférait laisser libres les autorités chargées de la mise en œuvre de la politique du gouvernement et ne désirait porter aucun jugement de valeur sur des problèmes qui lui paraissaient relever de la responsabilité exclusive de l'Administration, voire du Gouvernement.

Mais depuis quelques années, le Conseil d'Etat semble vouloir revenir sur cette attitude primitive et exercer un contrôle plus approfondi si les dispositions de la loi prévoient les conditions d'intervention de l'Administration (17). L'arrêt récent Manufacture des produits chimiques de Tournon est très révélateur de cette tendance et retient, à ce titre, l'attention. Rappelons les faits avant d'apprécier la solution qui leur a été donnée. L'article 19 *bis* du Code des Douanes autorise le Ministre des Finances à soumettre les marchandises en provenance de l'étranger, lors de leur entrée sur le territoire national, à un droit qualifié « anti-dumping », lorsque leur importation cause ou menace de causer « un préjudice important à une branche de la production nationale existante ou dont la création est envisagée ou prévue. » En application de ce texte, le Ministre des Finances, par un arrêté en date du 20 août 1962, a assujetti au paiement de ce droit l'importation de l'éthylène-glycol, originaire des Etats-Unis. Le Conseil d'Etat annule cet arrêté au motif que lesdites importations ne pouvaient menacer de causer à la branche de production susvisée un préjudice important de nature à justifier l'institution du droit anti-dumping litigieux. Ainsi, le Conseil d'Etat, en cette espèce, se refuse à laisser toute latitude à l'Administration pour la création d'un droit anti-dumping dont la création est subordonnée aux conditions inscrites à l'arti-

---

(15) V. C.E., 29 janvier 1949, Blondeaux et autres, Rec. p. 25.

(16) Jean de Soto, *Recours pour excès de pouvoir et interventionisme économique*, E.D.C.E., 1952, p. 64.

(17) C.E., 6 mars 1959, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture c. Sté Gros, R.P.D.A., 1959, p. 73 et p. 88, concl. Braibant ; C.E., 15 juillet 1960, Sté des distilleries Conic, Rec. p. 479 ; C.E., 4 mars 1966, Manufacture de produits chimiques de Tournon, A.J.D.A., 1966, II, 365, note Latscha.

cle 19 *bis*. Il ne s'agit pas là d'une appréciation relevant de l'opportunité, puisque les motifs de fait de l'acte se trouvent incorporés à la légalité.

On ne peut qu'approuver cette évolution jurisprudentielle qui ouvre la voie à une protection plus efficace des administrés. Mais le Conseil d'Etat se refuse, par contre, à contrôler l'adéquation de la mesure aux circonstances de fait qui l'ont motivée : il considère qu'introduire, à ce niveau, un examen contentieux reviendrait à vérifier l'opportunité de l'acte administratif — ce qu'il s'est toujours interdit de faire. L'Administration a un pouvoir souverain d'appréciation que respecte le Conseil d'Etat. Ainsi, il a été jugé, en période de réglementation des prix « qu'il appartenait à l'autorité administrative d'apprécier en cas de hausse du coût de revient des produits et services et quelle que fut la cause de cette hausse, s'il y avait lieu de relever ou de maintenir à leur niveau actuel les prix bloqués ou fixés par les décisions antérieures » (18). Il en résulte une très grande liberté d'action pour l'Administration qui peut ainsi prendre toutes mesures de réglementation nonobstant des dispositions contractuelles contraires (19).

Cette jurisprudence, ainsi que le souligne M. Latscha (20) apparaît particulièrement réservée si on la confronte avec d'autres contentieux. Qu'il suffise de rappeler ici l'approfondissement du contrôle du Conseil d'Etat sur les mesures de police dont l'arrêt Benjamin témoigne. Le juge administratif suprême pourrait s'inspirer de cette politique jurisprudentielle dans notre domaine où les libertés sont également très gravement menacées par les intervntions de l'Administration. Du reste, depuis quelque temps, le Conseil d'Etat semble prendre conscience des imperfections de son contrôle qu'il tente d'améliorer : ainsi utilise-t-il (rarement en la matière, il est vrai) la notion d'erreur manifeste d'appréciation pour vérifier s'il y a bien un minimum d'adéquation des motifs de l'acte à son objet (21). C'est là un intéressant effort de la Haute

(18) C.E., 21 janvier 1959, Tisserand, A.J.D.A., 1959, II, 75 ; V. également C.E., 19 décembre 1962, Syndicat national des médecins électro-radiologistes, Dt. Adm.. 1963, n° 4.

(19) C.E., 3 janvier 1958, Réunion syndicale des industries aéronautiques, A.J.D.A., 1958, II, 152.

(20) Note précitée sous C.E., 4 mars 1966, Manufacture des produits chimiques de Tournon.

(21) C.E., 26 janvier 1968, Sté Maison Genestal, G.A., p. 529 ; C.E., 19 novembre 1969, Coopérative des propriétaires récoltants de la Champagne délimitée, Rec. p. 514 ; C.E., 3 mars 1971, Ministre de l'Economie et des Finances c. Sté des ateliers de Dunkerque et Bordeaux « France-Gironde », Rec. p. 175.

Juridiction pour mieux appréhender un contentieux qui risque fort, autrement, de lui échapper.

La réserve du Conseil d'Etat dans le contentieux économique n'est pas limitée au contrôle des motifs. Le juge se montre encore plus réticent en cette matière que dans les autres domaines pour contrôler les mobiles de l'auteur de l'acte attaqué.

SOUS-SECTION II. — Réduction du contrôle des mobiles.

Le Conseil d'Etat répugne particulièrement à rechercher l'intention des auteurs d'une décision économique et la finalité par eux poursuivie. Il faut bien reconnaître qu'il est très difficile, en ce domaine, de situer l'intérêt général, car la portée d'une mesure ne peut être appréciée que si elle est replacée dans son contexte : les décisions économiques ne peuvent ni ne doivent être considérées isolément. Toute décision économique est solidaire des autres qui ont été prises dans le même secteur. Il y a unité profonde de l'action économique poursuivie par les Pouvoirs Publics. Or tout contentieux suppose un litige particulier : le juge n'a à se prononcer que sur la légalité d'une seule décision prise isolément.

Il y a là un obstacle objectif qui gêne le juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier n'a pas à notre sens tenté réellement de le surmonter parce qu'il appréhende trop largement l'intérêt général, d'une part et parce qu'il présume conforme à l'intérêt général la réglementation économique, d'autre part.

§ I. — *Appréciation large de l'intérêt général.*

La législation, en matière économique, est souvent fort lâche : ainsi la fameuse ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix ne précise pas les conditions légales de l'intervention du gouvernement. A l'origine, on considérait que l'ordonnance avait pour but, en évitant les spéculations outrancières, de permettre à chaque citoyen de se procurer un certain nombre de produits vitaux. Mais rapidement on a trouvé dans cette législation un instrument d'action économique directe de l'Etat (22). A partir de ce moment-là, le juge a préféré s'effacer ; désormais il « semble vouloir, sauf à de rares exceptions près, faciliter par la discrétion de ses interventions

(22) Pierre Beltrame, *Le contrôle des prix et le juge,* Rev. Adm., 1967, p. 670.

l'action administrative en matière de prix » (23). Dans ces conditions, le Conseil d'Etat considère que l'intérêt général est celui défini par la politique du gouvernement : il se borne à vérifier que le but de l'acte administratif a un quelconque rapport avec la loi.

L'arrêt syndicat de la Raffinerie de soufre française témoigne de cette réserve (24). Il convient d'abord de rappeler le contexte de cette affaire. Le soufre français était d'un prix de revient bien plus élevé que les soufres étrangers. Pour éviter les variations des prix de ventes, l'Administration est intervenue par voie de taxation pour assurer un prix de vente unique sur le marché national. Mais, en outre, afin de protéger la production française, une caisse de péréquation a été instituée, alimentée par les importateurs obligés de vendre le soufre à un prix très supérieur à son prix de revient et destinée à rembourser aux exploitants français la différence entre le prix taxé et le prix de revient réel bien plus élevé. Enfin les détails de la réglementation accordaient à une entreprise française, la Société Languedocienne, des privilèges exorbitants : cette société se vit accorder des indemnités très supérieures à la différence entre le prix de revient de ses produits et leur prix de vente ce qui lui permit de fixer son prix de vente au-dessous du prix taxé. Cette situation particulièrement choquante n'a pourtant pas été censurée par le Conseil d'Etat qui a considéré qu'il n'était « pas établi que ce privilège n'était pas justifié par des considérations d'intérêt général dont il appartenait à l'Administration de tenir compte pour l'application de la législation économique. » Le Conseil d'Etat se refuse donc à rechercher, en fonction de la volonté du législateur, le but spécial que devraient poursuivre les autorités administratives, alors que, traditionnellement, il vérifie toujours si le but poursuivi est de ceux que la législation autorise en l'occurrence. Cette limitation du domaine et de la portée du détournement de pouvoir est, ainsi que l'a souligné M. Waline (25), fort dangereuse ; elle risque, en effet, de conduire le juge à valider de nombreuses décisions administratives qui sont pourtant en contradiction avec l'esprit et la lettre de la loi.

Cette même affaire eut des prolongements contentieux en 1958 (26) alors que la Société Languedocienne n'assurait plus

---

(23) *Ibid.*, p. 672.

(24) C.E., 29 juin 1951, D. 1951, p. 661, note Waline ; S. 1952, III, p. 33, concl. Barbet.

(25) Note précitée, p. 664.

(26) C.E., 12 novembre 1958, A.J.D.A., 1959, II, 13, concl. Fournier.

aucune production. La question du détournement de pouvoir fut à nouveau posée. Le Commissaire du gouvernement l'a soulevée dans les mêmes termes que précédemment : « la Société Languedocienne n'était pas une société privée parmi d'autres. C'était la seule entreprise française productrice de soufre. En la favorisant, c'était la production nationale que les pouvoirs publics favorisaient... Pour établir que l'Administration n'a pas poursuivi une fin conforme à l'intérêt général, il faudrait démontrer que le maintien d'une production française n'était pas requis par cet intérêt général et qu'il n'a été assuré que dans le but de servir les intérêts privés de la société productrice » (27). Conception bien restrictive du détournement de pouvoir que M. Fournier réduit abusivement à la satisfaction d'intérêts privés ! Ce n'était là traditionnellement qu'une des composantes du détournement de pouvoir... Du reste le maintien de la production française était-il vraiment conforme à l'intérêt général ? On pourrait le nier puisqu'il est reconnu que continuer l'exploitation française du soufre n'a pu que nuire à l'intérêt national dans la mesure où la réglementation aboutissait à faire payer très cher au public le soufre étranger qui était pourtant de bien meilleure qualité. Mais le commissaire du gouvernement a considéré qu'il s'agissait là d'une erreur d'appréciation que le juge ne saurait censurer par la voie du recours pour excès de pouvoir. Dès lors qu'elle peut être l'utilité du détournement de pouvoir en la matière ? Ne serait-ce qu'une clause de style que le Conseil d'Etat répugne à utiliser ?

Comment expliquer que le Conseil d'Etat se refuse à apprécier la conformité des buts poursuivis par les auteurs de la mesure aux objectifs recherchés par le législateur ? On peut avancer — en reprenant le cas de l'ordonnance de 1945 sur les prix — que rien ne permettait au Conseil d'Etat de déterminer le but de l'intervention du législateur : aucun travail préparatoire ne le laissait supposer, aucun article de l'ordonnance ne le mentionnait. N'y aurait-il pas une impossibilité matérielle qui empêcherait le Conseil d'Etat de rechercher les objectifs visés par le législateur ? Il n'en est rien car auparavant dans certaines affaires le juge suprême s'était reconnu le pouvoir de définir les objectifs poursuivis par les auteurs de l'ordonnance. Ainsi, dans un arrêt Coulon c. Didierjean, rendu le 27 octobre 1950, il a précisé : « la péréquation a pour but de rétablir l'égalité des bénéfices entre entreprises, alors

(27) Concl. Fournier, précitées, p. 15.

qu'en raison de la conjoncture les prix de revient sont différents selon les entreprises » (28). Par une méthode de libre recherche, le Conseil d'Etat a donc pu déterminer quelle était la volonté du législateur (29). Un tel raisonnement aurait dû normalement le conduire à annuler les décisions administratives contestées dans l'affaire Syndicat de la Raffinerie de soufre française. En réalité, s'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a délibérément voulu laisser toute liberté aux autorités responsables ; il s'est volontairement refusé à donner un contenu à l'intérêt général ; le Gouvernement, selon les propres termes du Commissaire du gouvernement Fournier, doit pouvoir librement user des compétences qu'il détient en matière de prix pour orienter le développement de la production (30). Les diverses formes de l'intervention économique sont intimement liées et il revient au Gouvernement d'utiliser au mieux leurs répercussions. Bref, il apparaît que les retombées politiques des mesures économiques sont telles que le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas le pouvoir de les contrôler trop avant. Le Gouvernement, en ce sens, doit être maître de la fixation des objectifs qu'il entend poursuivre.

Cette réserve du Conseil d'Etat n'en apparaît pas moins abusive lorsque les mesures prises par les pouvoirs publics n'ont plus aucun rapport avec la réglementation des prix. Certes il était inévitable que le juge permît à l'Administration de poursuivre les buts les plus divers à travers la réglementation des prix ; par contre le Conseil d'Etat n'aurait pas dû admettre que, si les autorités administratives interviennent dans un quelconque domaine économique, elles sont censées réglementer les prix (31).

Le Conseil d'Etat n'a pas recherché à établir une égale pondération entre l'intérêt général et les intérêts des particuliers : « le

---

(28) R.D.P., 1950, p. 232, concl. Guionin.

(29) Dans le même sens, v. C.E., 22 juin 1949, Sucreries d'Abscons, Rec. p. 297.

(30) Concl. précitées.

(31) En ce sens, v. concl. Kahn sur C.E., 12 février 1960, Sté industrielle d'approvisionnements, A.J.D.A., 1960, II, 77. En l'espèce, le Conseil a validé un arrêté du Ministre des Affaires économiques et financières en date du 4 décembre 1956, instituant un circuit-témoin dans le secteur de la distribution des produits alimentaires ; il a considéré « que l'institution de ce circuit-témoin, destiné à favoriser une baisse des cours des produits alimentaires au stade de la distribution, était l'un des moyens propres à assurer un blocage efficace des prix ou des marges commerciales ; qu'elle doit, par suite, être regardée comme une mesure accessoire aux dispositions de l'arrêté du 19 février 1954 » (pris en application de l'ordonnance du 30 juin 1945 et bloquant les prix au niveau atteint le 8 février 1954).

compromis juridictionnel entre l'intérêt général et les intérêts des particuliers est actuellement très favorable à l'intérêt général », ainsi que l'a souligné M. Debbasch (32). En voulant laisser trop de liberté à l'Exécutif, le Conseil d'Etat ne donne sans doute pas assez de garanties aux administrés. Cette remarque vaut tout particulièrement lorsque l'on constate que le juge administratif va jusqu'à présumer que la réglementation économique est conforme à l'intérêt général.

§ II. — *Présomption de conformité à l'intérêt général.*

Le Conseil d'Etat présume fréquemment que les règlements, intervenus en matière économique, sont édictés dans l'intérêt général (33). L'arrêt ministre de l'Agriculture c. sieur Simonet (34) est très révélateur de cette attitude. Si un changement de circonstances est intervenu dans les situations de fait qui ont entouré l'élaboration d'un règlement, les intéressés peuvent demander à l'Administration de modifier ou d'abroger ce dernier et le juge administratif sanctionnera la décision de refus (35). Mais en matière économique, le juge pose des conditions particulièrement strictes pour justifier semblable modification : le changement doit avoir revêtu le caractère d'un véritable bouleversement imprévisible (36) qui ait eu pour effet de retirer à l'acte son fondement juridique. En pratique, le changement de circonstances allégué ne doit pas être entré dans les prévisions de l'auteur de la mesure : dès lors si le Gouvernement a voulu stabiliser une situation juridique, quelle que soit l'évolution de la conjoncture économique, le Conseil d'Etat ne l'obligera pas à modifier sa réglementation. Il s'incline alors devant l'intérêt général que l'acte administratif contesté est censé représenter même si, comme ce fut le cas en l'espèce, l'Administration n'invoquait pas expressément cet intérêt général. Cette présomption ressort des propres termes de l'arrêt du Conseil d'Etat qui constate « qu'il n'est pas établi que le refus de modifier ledit décret n'ait, au moment où

(32) Debbasch, *Déclin...*, art. cit., p. 97.

(33) V. C.E., 17 décembre 1948, Sté Ungemach, Rec. p. 476 ; C.E., 8 octobre 1958, Sté Cenpa, Rec. p. 472.

(34) C.E., 10 janvier 1964 ; D. 1964, 414, note Touscoz ; S. 1964, III, 234, note Auby ; R.D.P., 1964, 182, concl. Braibant.

(35) C.E., 10 janvier 1964, Syndicat national des Cadres des bibliothèques, *eod. loc.*

(36) On peut relever ici une analogie avec les conditions de l'imprévision. V. Auby, art. cit., p. 240.

il est intervenu, été justifié par des nécessités d'intérêt national. » L'emploi répété de la négative traduit nettement la limitation que s'impose le Conseil d'Etat. Ainsi que le souligne M. Fromont (37), « le juge ne dit pas que les mesures sont justifiées par l'intérêt général ; il se contente de dire qu'il n'est pas prouvé qu'elles ne le sont pas. »

Comment apprécier cette autolimitation du Conseil d'Etat ? M. Braibant (38) précise : « Une extension excessive de la jurisprudence Despujol dans le domaine économique... risquerait, en premier lieu, d'accroître l'instabilité des textes (39). *Elle pourrait, d'autre part, entraîner peu à peu le juge sur le terrain de l'opportunité, alors que le pouvoir réglementaire et le contrôle juridictionnel ne doivent pas être confondus et que le recours pour excès de pouvoir n'est pas, en principe, un instrument de politique économique.* » Certes le Conseil d'Etat ne saurait se substituer aux pouvoirs publics pour la détermination des grandes orientations économiques ; par contre, on ne peut que regretter qu'il reste en deçà des normes traditionnelles de contrôle par lui suivies.

Du reste, dans le passé, il est arrivé au Conseil de prendre des positions moins favorables envers l'Administration en l'obligeant à invoquer et à prouver l'intérêt général qu'elle était censée poursuivre. Le juge prononçait alors l'annulation de toute décision à l'appui de laquelle l'Administration n'alléguait aucun motif tiré de l'intérêt général (4). Mais le Conseil est désormais moins exigeant puisque la charge de la preuve est renversée par le jeu de la présomption qui profite à l'Administration. En ce domaine précis, l'évolution jurisprudentielle a donc assuré un accroissement de la protection de l'action administrative (41).

Il ne nous revient pas de dresser un bilan de la jurisprudence économique du Conseil d'Etat. M. de Soto écrivait, à ce propos, en

---

(37) *Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative,* A.J.D.A., 1966, I, 592.

(38) Concl. précitées, p. 89.

(39) En effet, les changements de circonstances ne sont-ils pas particulièrement fréquents dans la conjoncture économique ? Aussi « il ne saurait être question d'imposer au gouvernement une sorte d'indexation permanente du droit sur le fait » (M. Braibant).

(40) C.E., 15 février 1946, Sté des Savonneries de Bourgogne, Rec. p. 46 ; C.E., 6 mars 1959, Sté Totaliment, Rec. p. 158 ; C.E., 26 octobre 1960, Sté auxiliaire française des pétroles, Rec. p. 557.

(41) Aussi n'est-on pas étonné de constater que M. Savy (art. cit., p. 9) n'a pu relever qu'un seul arrêt récent annulant pour détournement de pouvoir une décision d'ordre économique (C.E., 13 novembre 1970, sieur Lambert, A.J.D.A., 1971, II, 53, et chr. Labetoulle et Cabanes, p. 33).

1952 : « Un premier point est certain : l'interventionnisme économique s'est traduit par une augmentation des illégalités » (42). Un tel phénomène s'explique essentiellement par le déclin du contrôle interne exercé par le juge sur le contentieux économique. Nous avons vu, sur ce point, la réticence du Conseil d'Etat qui préfère laisser une grande latitude aux autorités chargées desdites responsabilités. M. de Soto fait remarquer, à ce sujet, que « le juge préfère cerner l'acte de l'extérieur » (42 *bis*). On peut cependant se demander si le juge n'atténue pas considérablement la portée d'un tel contrôle externe sur l'acte administratif. Ainsi, en présence d'un vice de forme substantiel, le Conseil d'Etat n'annulera pas systématiquement la décision qui en est entachée mais recherchera si ce manquement a ou non privé les requérants de certaines garanties (43).

Un semblable effacement du Conseil d'Etat dans le contentieux économique risque d'affecter le système de légalité dans son ensemble. Le Conseil l'a bien compris. Si, dans un premier temps — avant 1968 — le juge suprême n'a pas su ou pas osé s'engager dans la voie d'un contrôle effectif des décisions économiques, depuis lors il le voudrait bien, mais il hésite. En matière économique, la Haute Juridiction se cherche. Sa volonté est certaine : assurer un équilibre entre un contrôle assez lâche destiné à ne pas gêner l'Exécutif, et un contrôle assez serré pour ne pas retirer toute garantie aux administrés. Mais, ainsi que le souligne M. Delvolvé (44), la solution n'a pas encore été trouvée. Serait-ce parce que « le contrôle juridictionnel de l'économie dirigée nécessiterait, pour être plus efficace, l'institution de nouvelles procédures, plus proches de l'arbitrage que du contentieux traditionnel ? » (45). On peut légitimement le penser.

---

(42) J. de Soto, *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme*, art. cit., p. 70.

(42 *bis*) *Ibid.*

(43) C.E., 26 juillet 1950, Syndicat des industriels laitiers d'Ille-et-Vilaine, R.D.P., 1951, 517.

(44) Pierre Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Th. Paris, L.G.D.J., 1969, p. 234.

(45) Concl. Braibant, inédites sur C.E., 17 juin 1964, Sté sucrière de Mahavany, *in* Delvolvé, *Eod. loc.*

SECTION II. — LE CONTENTIEUX TECHNIQUE.

Certaines décisions administratives sont prises par des spécialistes qui procèdent à des appréciations techniques. Il en est ainsi dans des domaines très variés du fait de la multiplication et de la diversité des interventions de l'Etat (46). En ces matières, parfois, le Conseil d'Etat se bornera à exercer un contrôle minimum, limité, selon ses propres termes, à la vérification du détournement de pouvoir, de l'erreur de droit, de l'inexactitude matérielle des faits et de l'erreur manifeste d'appréciation.

En pratique, le détournement de pouvoir ne sera que rarement un motif d'annulation de l'acte attaqué, conformément à la doctrine plus générale du juge suprême (47). L'erreur de droit, quant à elle, est un moyen classique d'annulation qui pourra être utilement invoqué, notamment lorsque l'Administration se réfère à un motif non prévu par les textes.

La question délicate se situe au plan de l'appréciation des faits ou de leur qualification juridique pour le contrôle desquels le Conseil d'Etat se montre traditionnellement très réservé. Les exemples ne manquent pas ; ils sont d'ailleurs extrêmement hétérogènes et ne correspondent à aucune rationalité jurisprudentielle. La jurisprudence est particulièrement riche et nette dans les domaines médical et pharmaceutique que l'on peut considérer comme terres d'élection de ce contrôle minimum. En ce sens, le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas le pouvoir de contrôler le danger de la délivrance d'un médicament au public (48). L'octroi du visa de spécialité pharmaceutique relève de la seule appréciation des autorités ministérielles compétentes. La position du juge est constante (49) et les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Galabert, l'éclairent : « L'appréciation à laquelle se livre le ministre du caractère dangereux ou non d'une préparation... est de celles qui, en raison de leur technicité, échappent largement à notre

---

(46) Médecine, pharmacie, remembrement rural, etc.

(47) V. *supra*, p. 55 et suiv.

(48) C.E., 28 avril 1967, Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques et autres, A.J.D.A., 1967, II, 401, concl. Galabert. Dans la même optique, le Conseil s'était refusé à rechercher le degré de toxicité d'une lotion capillaire (C.E., 27 avril 1951, Sté Toni, Rec. p. 236).

(49) C.E., 22 février 1952, Sté des Laboratoires Conan, Rec. p. 133 ; C.E., 25 avril 1958, Sté des Laboratoires Geigy, Rec. p. 236 ; C.E., 8 janvier 1971, Ischlondsky et Sté Laboratoires Biodyne, Rec. p. 14.

contrôle » (50). Cette technicité est-elle un obstacle réel à l'exercice du contrôle juridictionnel ? On le prétend souvent. On avance, en ce sens, que le juge n'est pas techniquement outillé pour procéder à un contrôle normal car il ne possède pas les connaissances techniques nécessaires pour approfondir les décisions soumises à sa censure. Cette argumentation ne paraît pas décisive : la prétendue inaptitude du juge camoufle très souvent la volonté délibérée du Conseil d'Etat de ne pas développer son contrôle sur de semblables décisions. Plusieurs raisons nous amènent à le penser.

D'abord, dans des affaires présentant des difficultés techniques identiques, le Conseil d'Etat opérera tantôt un contrôle minimum, tantôt un contrôle de droit commun. Ainsi il ne s'est pas reconnu le pouvoir de contrôler la qualification juridique des faits, alors qu'il était saisi d'un recours contre l'interdiction de diffusion d'une publicité pharmaceutique (51) ; par contre, dans la même affaire, et sur un problème où les données sont tout aussi techniques, il a exercé un tel contrôle — en l'espèce sur le retrait de diffusion d'une publicité pharmaceutique (52). On retrouve une semblable antinomie à propos de la création d'une officine qui peut être effectuée par dérogation ministérielle « si les besoins de la population l'exigent ». L'appréciation de ces besoins et de leurs exigences n'est pas contrôlée par le juge saisi d'un recours contre le refus de création d'une officine ; dans une affaire où le refus était fondé sur le motif que les besoins en médicaments du quartier choisi par le requérant étaient satisfaits par les officines existantes, le Conseil d'Etat a considéré que l'appréciation faite en l'espèce ne saurait être discutée devant lui (53). A l'inverse, le Conseil d'Etat a exercé un contrôle de la qualification juridique des faits dans une affaire où il était saisi d'un retrait rapportant une dérogation — c'est-à-dire, en pratique, d'un refus de création comme dans le cas précédent ; il a considéré que « l'examen du dossier ne fait apparaître aucune circonstance exceptionnelle de nature à rendre indispensable la création d'une (nouvelle) officine » (54).

Ensuite, la notion même du contentieux « technique » n'a pas été précisée par le juge. C'est une catégorie existentielle à laquelle le Conseil d'Etat se réfère lorsqu'il ne veut exercer qu'un contrôle

(50) Concl. Galabert précitées, p. 401.
(51) C.E., 27 février 1948, Sté des Laboratoires du Bac, 1er espèce, Rec. p. 100.
(52) C.E., 27 février 1948, Sté des Laboratoires du Bac, 2e espèce, Rec. p. 100.
(53) C.E., 5 juin 1953, Bergounhoux, Rec. p. 263.
(54) C.E., 20 février 1953, dame Coric-Savoure, Rec. p. 86 ; C.E., 18 mars 1960, delle Suzanne et sieur Arnic, Rec. p. 307.

minimum : aucun concept ne rend compte de la notion de questions techniques. C'est le Conseil d'Etat qui établit ainsi arbitrairement les limites de son contrôle. Aussi aboutit-on parfois à des disparités jurisprudentielles assez inattendues. Dans l'arrêt Palaprat (55), le Conseil d'Etat s'est refusé à porter un jugement sur les appréciations auxquelles avait procédé le Comité de lecture de la Comédie Française sur la qualité des pièces qui lui étaient soumises — les mérites littéraires ou éducatifs d'une œuvre ne relevant pas de sa compétence. Le juge suprême se refuse donc à exercer une critique littéraire ; par contre, depuis bien longtemps déjà, il n'hésite pas à s'ériger en critique artistique pour apprécier, dans un domaine où les difficultés techniques sont tout aussi grandes, le caractère monumental d'un site (56) ou en critique cinématographique pour censurer l'immoralité d'un film que le juge s'était auparavant fait projeter (57). Dès lors, il est clair que le contentieux technique se définit uniquement par son régime juridique, à savoir par le contrôle minimum que lui applique le Conseil d'Etat. L'autolimitation du juge résulte de sa souveraine volonté et non d'impératifs extérieurs qu'il pourrait aisément surmonter.

Le contentieux du remembrement rural témoigne également de ces flottements jurisprudentiels. Jusqu'à ces dernières années, le juge se limitait à un contrôle minimum sur les classements des sols et des parcelles effectués par les commissions communales en vertu de l'article 21 du Code Rural (58). Le juge répugnait à trancher dans une matière relativement technique comme celle de la vocation culturale des sols ; en conséquence, selon les propres aveux d'un membre de la Haute Assemblée (59) « de nombreux abus se perpétuaient en matière de classement que la jurisprudence, prisonnière de sa discrétion, ne parvenait pas à censurer ». Une affaire de vigne particulièrement choquante a amené, au début de 1967, un revirement jurisprudentiel. Le Conseil d'Etat a estimé que des terrains plantés en vigne produisant des vins d'appellation contrôlée ne pouvaient pas être assimilés à des prés et échangés contre des parcelles de mauvaise qualité (60). Le Conseil d'Etat procède

(55) C.E., 19 février 1954, Rec. p. 118 ; R.D.P. 1954, p. 1072, note M. Waline.
(56) C.E., 4 avril 1914, Gomel, G.A., p. 54.
(57) C.E., 18 décembre 1959, Sté « Les films Lutetia », G.A., p. 474.
(58) C.E., 13 juillet 1961, delle Achart, Rec. 476 ; C.E., 18 mars 1963, sieur Galloux, Req. n° 57532.
(59) V. chronique de M. Vallery-Radot, *Les règles de fond du remembrement rural et la jurisprudence du Conseil d'Etat*, A.J.D.A., 1969, I, p. 592 et suiv.
(60) C.E., 6 janvier 1967, Min. de l'Agriculture c. delle Dunand, Rec. p. 2.

alors à un contrôle normal sur la qualification des faits. La même année il a confirmé sa position en considérant que des terrains exploités traditionnellement en prés naturels ne pouvaient être rangés dans la même catégorie que ceux affectés aux labours (61). Mais dès l'année suivante, le Conseil d'Etat est revenu à son ancienne jurisprudence qu'il a maintenue depuis lors (62). Désormais le Conseil d'Etat n'annulera la décision d'une Commission départementale que si cette dernière a fondé son appréciation sur une erreur manifeste, en estimant que les échanges auxquels elle a procédé étaient équivalents.

Ces flottements jurisprudentiels ne sont pas rares et le Conseil d'Etat a tenté parfois d'y remédier. Ainsi en fut-il du contrôle de l'application de l'article 19 du Code rural aux termes duquel « le nouveau lotissement doit rapprocher des bâtiments d'exploitation les terres qui constituent l'exploitation rurale ». Le dépouillement de la jurisprudence, jusqu'en 1969, révèle un partage à parité entre deux conceptions opposées (63) ; parfois le Conseil d'Etat restreignait ses pouvoirs et se bornait à exercer un contrôle minimum sur le rapprochement susvisé (64) ; parfois, et à l'inverse, il exerçait un contrôle plein et entier (65). C'est du reste en ce dernier sens qu'il s'est définitivement prononcé depuis un arrêt Levrier rendu le 18 juillet 1969 (66). En cette affaire, le commissaire du gouvernement Beaudouin avait bien montré que « la condition du rapprochement des terres n'appartient à aucune des catégories qui justifieraient un « *non possumus* » de la part du juge administratif (67). L'exigence de rapprochement est mesurable

(61) C.E., 24 novembre 1967, sieur Cauchard, Rec. p. 442.

(62) C.E., 28 février 1968, Min. de l'Agriculture c. Quiniou, Rec. p. 850 ; C.E., 20 décembre 1968, sieur Gindre, Rec. p. 669 ; C.E., 6 novembre 1970, sieur Guyé, Rec. p. 652. Ce dernier arrêt est particulièrement net : « Considérant que si les commissions départementales de remembrement, en déterminant la classe de valeur culturale des parcelles à attribuer aux intéressés et en estimant que les conditions d'exploitation n'ont pas été déséquilibrées par les opérations de remembrement, se livrent à une appréciation des faits qui n'est pas de nature à être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir, il appartient en revanche à celui-ci de contrôler si cette appréciation n'est pas entachée d'erreur manifeste. » Jurisprudence constante : C.E., 26 avril 1972, Min. de l'Agriculture c. Stoll, Rec. p. 311.

(63) Concl. Beaudouin sur C.E., 18 juillet 1969, sieur Levrier, A.J.D.A., 1969, II, 633.

(64) C.E., 23 mai 1962, sieur Lacroix, Rec. p. 878 ; C.E., 22 juin 1966, consorts Quittat, Rec. p. 867.

(65) C.E., 13 janvier 1958, sieur Darnis et autres, Rec. p. 29 ; C.E., 30 mars 1966, delle Purenne, Rec. p. 468.

(66) Arrêt précité.

(67) Concl. précitées.

arithmétiquement et ne nécessite aucune connaissance agronomique précise. Le juge suprême s'est rangé aux conclusions qui lui étaient présentées.

Le contentieux technique est donc à contenu variable. On peut souhaiter que le Conseil d'Etat tente d'en circonscrire l'étendue : son domaine est aujourd'hui par trop large et mériterait d'être défini par le Conseil d'Etat ; le contentieux de la notoriété médicale nous le prouve. L'inscription sur les listes départementales de notoriété est faite par les commissions paritaires qui sont des organismes administratifs. Le juge de l'excès de pouvoir n'effectuera sur de tels actes qu'un contrôle minimum du fait de la technicité des questions soulevées (68). Quelle est cette technicité qui paralyse le Conseil d'Etat ? La notoriété correspond à une élite médicale locale, connue par son prestige universitaire, ses titres, ses travaux, etc. (69). Il est bien certain que le Conseil d'Etat ne saurait se prononcer sur les mérites des recherches d'un praticien « et dire, par exemple, si les ouvrages publiés par le sieur Duflot, à la fin de la guerre, sur « l'amygdalectomie chez les porteurs de germes diphtériques » et sur « le plombage antibiotique des cavités mastoïdites » sont réellement devenus classiques » (70). Par contre, après avoir été éclairé sur ce point technique par des experts, le Conseil d'Etat pourrait parfaitement apprécier si, au vu des circonstances locales, le médecin méritait l'inscription sur la liste de notoriété. Semblable appréciation ne comporte aucun jugement technique mais nécessite seulement l'examen de circonstances de temps et de lieu que le juge suprême ne répugne pas, ailleurs, à apprécier de façon très poussée (71).

Dès lors, comment expliquer la réserve du Conseil d'Etat ? Nous avons vu que les prétendus obstacles techniques sont souvent franchissables ; en réalité cette réserve peut s'analyser en une autolimitation du Conseil d'Etat qui ne veut pas, dans certains cas,

---

(68) C.E., 7 juin 1967, Rougemont, D. 1968, p. 200, note J.-J. Dupeyroux et J. Garagnon.

(69) V. J.-J. Dupeyroux et J. Garagnon, *Le contentieux de la notoriété médicale*, D. 1962, chr. p. 19 et p. 119.

(70) Concl. Braibant sur C.E., 24 avril 1964, Villard, Dr. Soc. 1964, p. 467 ; A.J.D.A., 1964, I, 293, Chr. Fourré, M^me^ Puybasset. Dans le même sens, le Conseil d'Etat est certainement fondé à n'exercer qu'un contrôle restreint sur l'appréciation portée par un jury sur les mérites d'un mémoire (C.E., 27 novembre 1970, delle Martin, Rec. Tables p. 1165).

(71) Ainsi en matière de police, selon une jurisprudence constante. V. C.E., 19 mai 1933, Benjamin G.A., p. 209 ; C.E., 19 juin 1953, Houphouët-Boigny, Rec. p. 298.

restreindre les pouvoirs accordés à l'Administration. Cette volonté ressort clairement des conclusions de M. Bernard dans l'affaire « Syndicat agricole et viticole de Lalande-de-Pomerol » (72) relative à l'octroi des appellations contrôlées délivré par l'Institut national des appellations d'origine : « Il faut également prendre en considération que la mission de l'Institut national exige, là aussi, une aussi grande latitude d'appréciation que possible et que les raisons pour lesquelles il est, d'une façon générale, en droit de ne pas tenir compte des usages locaux sont, en fin de compte, tout aussi valables en ce qui concerne la dénomination elle-même : si un vin lui paraît d'une qualité égale à un autre, il doit pouvoir lui donner la même dénomination. *Aussi sommes-nous d'avis de laisser le plus large pouvoir d'appréciation à l'Institut national.* Il en résultera que le choix de la dénomination ne pourra être utilement critiqué devant le juge de l'excès de pouvoir que lorsqu'il sera constitutif d'un détournement de pouvoir » (73). La limitation du contrôle juridictionnel correspond donc bien à la volonté du Conseil d'Etat de ne pas entraver la libre appréciation de l'Administration.

Certes on objectera que le Conseil d'Etat a fait en sorte que des considérations techniques ne permettent d'échapper à l'application de la règle de droit, en faisant appel à la théorie du scandale ou de l'évidence par le moyen de l'erreur manifeste d'appréciation (74). Mais justement, là réside tout le danger de ce cas d'ouverture dont l'existence risque de ne pas inciter le Conseil d'Etat à développer plus avant son contrôle, le juge se limitant à la constatation des illégalités évidentes.

SECTION III. — LE CONTENTIEUX POLITIQUE.

Il peut *a priori* sembler paradoxal d'inclure ce contentieux dans les domaines où le Conseil d'Etat n'exerce qu'un rôle réduit.

En effet, la règle jurisprudentielle de la recevabilité du recours contre des actes qui participent du « politique » apparaît auda-

---

(72) C.E., 14 octobre 1960, Rec. p. 529, concl. Bernard.
(73) *Ibid.*, p. 536.
(74) Sur cette question, v. B. Kornprobst, *L'erreur manifeste*, D. 1965, Chr., p. 125 ; J.-Y. Vincent, *L'erreur manifeste d'appréciation*. Rev. Adm. 1971, p. 414.

cieuse (75). Il est remarquable que le juge suprême ait accepté de censurer des décrets-lois ou des ordonnances : l'arrêt Canal témoigne de ce courage qui s'est révélé bien téméraire...

Mais une fois saisi, le Conseil d'Etat exerce un contrôle timide sur de tels actes : « C'est une politique et le Conseil d'Etat n'a pas à la juger » selon les propres termes du commissaire du gouvernement Detton (76). La politique relève de la responsabilité des plus hautes autorités de l'Etat et le juge n'effectuera, en ces domaines, qu'un contrôle de faible intensité (77).

Nous examinerons cette attitude dans deux séries d'hypothèses qui nous paraissent caractéristiques : d'abord dans le contentieux des actes administratifs pris sur habilitation législative (S.-S. I), ensuite dans le cadre des mesures de haute police (S.-S. II).

SOUS-SECTION I. — Contrôle réduit sur les décrets-lois et ordonnances.

De tels actes participent indirectement de l'autorité du pouvoir législatif. Dès lors « le Conseil d'Etat n'a guère manifesté sa volonté d'assurer un contrôle sévère que le législateur ne souhaitait certainement pas lui voir exercer », selon le propre aveu de M. Odent (78).

Si avant leur ratification, décrets-lois et ordonnances peuvent être facilement attaqués, si la possibilité du recours pour excès de pouvoir est largement ouverte à leur encontre, il n'en reste pas moins qu'au fond le contrôle juridictionnel est des plus limité. Le Conseil d'Etat a une attitude un peu désabusée devant l'immensité et l'ingratitude de la tâche qui s'offre à lui.

La question la plus généralement posée au Conseil d'Etat est de savoir si le gouvernement n'a pas dépassé le cadre fixé par la loi d'habilitation (79). Le problème est aisément résolu lorsque le texte

(75) V. Weil, *Droit administratif*, P.U.F., 1964, p. 5.

(76) Concl. sur C.E., 17 novembre 1936, Association des Croix de Feu, D. 1936, III, 79.

(77) En ce sens, V. Gaudemet, *op. cit.*, p. 404. L'auteur affirme, à juste raison, qu'en face de données politiques, la méthode du juge est orientée vers la formulation de règles qui visent à préserver la liberté d'action du pouvoir.

(78) Odent, *Contentieux...*, 1965-1966, *op. cit.*, I, p. 184.

(79) B. Geny, *De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif*, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Paris, Sirey, 1952, p. 289-290.

de loi indique avec précision dans quels domaines le gouvernement pourra intervenir. Mais, très souvent, le législateur ne procède pas à une telle délimitation matérielle et se contente de désigner le but assigné à l'autorité administrative. Ainsi la loi du 3 août 1926 habilite le gouvernement à prendre des décrets-lois « pour réaliser des économies » ; ou bien encore celle du 8 juin 1935 autorise le pouvoir exécutif à « lutter contre la spéculation ». De semblables formules aboutissent à un large dessaisissement du Parlement et gênent incontestablement le Conseil d'Etat dans sa fonction contentieuse. Le contrôle juridictionnel devient souvent formel. On peut citer en ce sens l'arrêt Damiani (80) : le requérant contestait la légalité de l'ordonnance du 6 octobre 1960 portant modification de certains articles du Code de Procédure pénale et du Code de Justice militaire, au motif qu'elle dépassait le cadre de la loi d'habilitation. Mais le Conseil d'Etat a rejeté le recours ; il est vrai que les termes de ladite loi d'habilitation étaient extrêmement larges : nombreuses et variées peuvent être « les mesures nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre, la sauvegarde de l'Etat, la pacification et l'administration de l'Algérie ». Cependant cette jurisprudence n'en est pas moins critiquable ainsi que le souligne M. Dran dans sa thèse (81) : le Conseil d'Etat aurait pu s'inspirer de la solution donnée par lui dans l'affaire Benjamin, en matière de police. La formule « mesures nécessaires » est identique à celle employée par le juge en ce dernier domaine. Le Conseil d'Etat aurait donc pu examiner si les mesures prises étaient bien nécessaires au maintien de l'ordre et proportionnées à l'atteinte causée en l'espèce aux droits de la défense. Mais le Conseil d'Etat a préféré s'incliner avec empressement devant l'extension de l'objet de l'habilitation législative (82). L'annulation ne viendra sanctionner que l'acte manifestement étranger aux objectifs fixés par la loi d'habilitation.

Une semblable retenue du Conseil d'Etat aboutit parfois à des solutions contentieuses assez paradoxales : elle a amené le juge suprême à valider des décrets-lois expressément contraires à l'objet

---

(80) C.E., 3 novembre 1961, Damiani, Rec. p. 607.

(81) Michel Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Th. Paris, L.G.D.J., 1968, p. 124.

(82) On peut citer en ce sens un arrêt du Conseil d'Etat en date du 12 juin 1959 Girault (Rec. p. 359) ; le lien apparaît très lâche entre l'augmentation du niveau de vie dans les pays d'outre-mer (qui est le fondement de l'habilitation législative) et la réglementation du statut du professeur licencié effectuée par décret-loi.

de la loi d'habilitation... mais conformes à son esprit. L'arrêt Garrigou est révélateur de cette tendance (83). Une loi du 14 août 1954 avait autorisé le Gouvernement à mettre en œuvre un programme d'équilibre financier et lui avait donné le pouvoir de prendre « toutes mesures relatives à... la normalisation et l'abaissement des coûts de production par l'allégement ou l'aménagement en vue d'une meilleure productivité, des charges et obligations fiscales pesant sur les entreprises et sur les salaires ». En vertu de ce texte, le Gouvernement procéda, par un décret du 30 avril 1955, à une augmentation de l'impôt sur les sociétés. Le Conseil d'Etat s'est cependant refusé à censurer ces mesures, contraires au texte de l'habilitation, mais « qui s'insèrent dans le cadre de dispositions correspondant dans leur ensemble au but défini par la loi ». Le juge, par delà les textes, se retranche derrière les intentions cachées du législateur pour « sauver » les décrets-lois qui s'inscrivent dans le cadre d'une politique gouvernementale que le Conseil d'Etat se refuse à apprécier. Ainsi a-t-on pu voir se développer, dans certains cas, une fiscalité gouvernementale contraire à la tradition constitutionnelle républicaine elle-même (84) — car son établissement relevait du pouvoir législatif. Dès lors, comme le soulignait M. Trotabas (85), l'attitude du Conseil d'Etat « ouvre une brèche permettant à l'autorité administrative d'entamer à son gré les prérogatives essentielles du pouvoir législatif ». Dans ces conditions, on ne sera pas étonné de constater que les arrêts d'annulation sont rares comparativement aux très nombreuses décisions de rejet (86) — le juge se contentant essentiellement de sanctionner les mesures contraires aux principes généraux du droit (87).

Comment apprécier cette attitude du Conseil d'Etat ? Pour notre part, nous la comprenons assez mal. Le juge, délibérément, se

---

(83) C.E., 16 mars 1956, D. 1956, J, 253, concl. Laurent.

(84) C.E., 21 novembre 1958, Syndicat national des transports aériens, D. 1959, p. 475, concl. Chardeau, note Trotabas.

(85) Note précitée, p. 479.

(86) V. en ce sens J. Georgel, *Constitution, lois et décrets-lois*, J.C.A., fasc. 105, 1966, n°s 129 et suiv. et la jurisprudence citée au n° 130.

(87) C.E., 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, A.J.D.A., 1962, p. 114, note J.T. ; D. 1962, p. 424, note Fromont ; C.E., 19 octobre 1962, Canal, G.A., p. 504. Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans le passé, le Conseil d'Etat s'est parfois refusé à annuler un décret-loi contraire à un principe général du droit ; il admettait alors que la loi d'habilitation avait implicitement autorisé le gouvernement à méconnaître ledit principe (C.E., 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chêne-liège. Rev. Adm. 1958, p. 402 — en ce sens v. Négrin, *Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958*, Mémoire D.E.S., Aix, P.U.F., 1968, p. 125).

refuse à approfondir son contrôle, préférant au dogme de la légalité celui de l'indépendance du pouvoir politique. En réalité, ou bien le Conseil d'Etat considère qu'un tel domaine ne relève pas de ses compétences et alors au titre de l'acte de gouvernement il devrait refuser de connaître des décrets-lois ou ordonnances prises sur habilitation législative. Ou bien le Conseil d'Etat reconnaît sa compétence — et on ne peut que s'en féliciter — mais alors on comprend mal pourquoi il n'épuise pas ses pouvoirs juridictionnels. Semblable attitude conduit à protéger les prérogatives administratives dont l'exercice est particulièrement dangereux, en notre domaine, pour les libertés publiques — et ce d'autant plus que la notion d'ordre public politique est très mal délimitée et qu'il est pratiquement impossible de la circonscrire (88). Le Conseil d'Etat se montre donc très large pour admettre que les exigences du législateur sont satisfaites, ce qui amène M. Gény à écrire : « Comment ne reconnaîtrait-on pas à ces signes dans le Conseil d'Etat siégeant au contentieux le frère jumeau du même Conseil siégeant en assemblée générale et pénétré des devoirs comme des difficultés de l'action gouvernementale ? » (89). Témoignage éloquent d'un Maître des Requêtes qui souligne bien que la balance tenue entre les particuliers et l'Administration penche ici en faveur de cette dernière.

SOUS-SECTION II. — Contrôle réduit sur les mesures de haute police.

Il s'agit de mesures très diverses émanant d'autorités administratives centrales ou locales et qui, par leur objet, intéressent au plus haut point l'ordre et la sécurité de l'Etat. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat s'est refusé à exercer un quelconque contrôle sur de telles mesures qui constituaient le type même des actes discrétionnaires soustraits à toute censure juridictionnelle. Depuis l'abandon de cette théorie, il est revenu sur son ancienne jurisprudence mais la portée du contrôle qu'il exerce sur de tels actes est très limitée, car il veut laisser aux autorités responsables une fort grande liberté d'action.

---

(88) Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Th. Montpellier, L.G.D.J., 1962, p. 40 à 42.

(89) Gény, art. cit., p. 290.

D'abord, en cette matière, le Conseil d'Etat se refuse généralement à demander à l'Administration de lui fournir les documents au vu desquels la décision litigieuse a été prise. Prenons une décision caractéristique, l'arrêt Association franco-russe dite Roussky Dom (90). Un arrêté du ministre de l'Intérieur du 12 février 1955 avait retiré l'autorisation auparavant accordée à cette association composée en majeure partie d'étrangers. Le ministre s'étant tu sur les motifs de sa décision, le juge suprême allait-il faire application de la jurisprudence Barel récemment née ? M. Heumann a bien souligné, dans ses conclusions, la portée relative et limitée de ce dernier arrêt : il revient au Conseil d'Etat de décider librement, cas par cas s'il convient de demander à l'auteur de l'acte attaqué de lui communiquer les documents au vu desquels la décision litigieuse a été prise. En pratique, le juge devra tenir compte de la matière sur laquelle porte l'objet du litige et de la nature des intérêts en cause. Certes, en l'espèce, « il eut été intolérable que le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du Secrétaire d'Etat puisse aboutir à une véritable suppression du contrôle contentieux. » Mais M. Heumann d'ajouter aussitôt : « Cette considération a certainement un relief moins grand dans le domaine des mesures de police où *les nécessités de l'ordre public ont pour corollaire une certaine réserve dans l'exercice du contrôle juridictionnel.* » (91). Aussi, le Conseil d'Etat, suivant en cela son commissaire du gouvernement, ne s'est pas reconnu le pouvoir de demander communication des dossiers dont l'Administration était détentrice — craignant, sans doute, une divulgation des motifs inévitable dans le cadre d'une instance contradictoire. Le Conseil d'Etat a légitimé de ce fait le silence de l'autorité ministérielle. Dès lors, on peut craindre que l'utilité pratique de la jurisprudence Barel reste assez mince et son utilisation exceptionnelle : mise en relief par la doctrine, cette décision pourrait faire partie de ces arbres qui cachent la forêt...

Par ailleurs, le Conseil d'Etat se refusera, au fond, à contrôler la qualification juridique des motifs avancés à l'appui de la mesure prise par l'autorité administrative. Ainsi l'ordonnance du 2 novembre 1945 autorise l'expulsion des étrangers dans tous les cas où leur « présence sur le territoire national français présente une *menace* pour l'ordre public et le crédit public ». Le Conseil d'Etat contrôlera seulement, s'il est saisi d'une décision d'expulsion, la

(90) C.E., 22 avril 1955, Rev. Adm., 1955, p. 404, Concl. Heumann.
(91) *Ibid.*, p. 406.

compétence de son auteur, la forme de l'acte et l'exactitude matérielle de ses motifs (92). Il se refusera à procéder à l'appréciation ou à la qualification des faits ; semblable appréciation de fait n'est pas de nature à être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir. Ainsi ne voudra-t-il pas censurer une expulsion seulement motivée par une condamnation pénale prononcée à raison de faits amnistiés (93) ou par des poursuites judiciaires qui ont donné lieu à classement (94).

Ce refus est très critiquable : en effet, la menace pour l'ordre public est une condition de la légalité de la décision attaquée et à ce titre relève du contrôle du juge. Or, il fut dans les intentions des auteurs de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée d'enlever à la mesure d'expulsion son caractère discrétionnaire. Des garanties sérieuses entourent cette procédure ; ainsi l'article 25 prévoit : « L'étranger a, s'il le demande, dans les huit jours de cette notification (de l'expulsion), et sauf cas *d'urgence absolue* reconnue par le Ministre de l'Intérieur, le droit d'être entendu seul ou assisté d'un conseil par la commission spéciale siégeant auprès du préfet. » Mais le Conseil d'Etat a pendant très longtemps considéré que le contrôle de la réalité de l'urgence lui échappait (95) ; il suffisait alors au Ministre de l'Intérieur d'invoquer l'urgence pour justifier l'application d'une procédure accélérée (96). Le juge administratif ruinait ainsi la portée des garanties offertes par le législateur aux étrangers. Cette solution était, du reste, contraire à la jurisprudence traditionnelle selon laquelle, lorsque l'urgence conditionne l'emploi d'une procédure simplifiée, le juge s'attache à vérifier si celle-ci a été invoquée à bon escient (97). Fort heureusement, le Conseil est revenu sur sa position : désormais, il accepte de contrôler l'existence de l'urgence alléguée par les pouvoirs publics. Ainsi il a pu estimer qu'il n'y avait pas urgence absolue dans le cas d'une expul-

---

(92) C.E., 31 janvier 1964, époux Bonjean, Rec. p. 73.

(93) C.E., 14 novembre 1956, Corradini, Rec. p. 620 ; C.E., 20 mars 1970, Ghomari, Rec. p. 1133.

(94) C.E., 14 mars 1951, Missir, Rec. p. 159. Pareillement, au cas du refus de délivrer un passeport, le juge vérifie seulement l'existence des faits invoqués par l'Administration, mais « n'a pas à apprécier si le déplacement de l'intéressé à l'étranger est de nature à compromettre la sûreté publique » (C.E., 14 mai 1948, Imbach, Rec. p. 215).

(95) C.E., 24 octobre 1952, Eckert, S. 1953, III, 53, note Tissier ; C.E., 28 janvier 1955, Diskin, R.P.D.A., 1955, n° 121.

(96) V. J. Robert, *Une liberté fondamentale en cause ?* Le Monde, 7-8 novembre 1971.

(97) C.E., 30 juillet 1949, Patureau-Mirand, S. 1950, III, 32 ; C.E., 20 janvier 1950, Commune de Tignes, S. 1950, III, 81, note Lévy.

sion qui frappait un étranger purgeant une peine de prison (98). Ainsi que le souligne M. Robert (99), le Conseil est à la recherche « d'un équilibre — d'ailleurs délicat — entre une raison d'Etat maintenue et la nécessité d'un contrôle juridictionnel efficace. »

La jurisprudence est également réservée dans le contentieux des mesures prises en application des lois sur l'état de siège (100) ou l'état d'urgence (101). Le Conseil d'Etat ne recherche pas si les faits allégués sont de nature à justifier la décision prise et se borne à vérifier qu'ils rentrent bien dans le champ d'application du texte autorisant l'intervention des mesures litigieuses. Ainsi, dans l'arrêt Delmotte (102) le Conseil d'Etat a-t-il admis l'assimilation d'un café à un lieu de réunion pouvant être fermé en application de la législation sur l'état de siège.

Cette jurisprudence ne saurait être approuvée : s'il est bien vrai que les textes législatifs de référence ont voulu laisser à l'Administration un très large pouvoir discrétionnaire, afin de lui permettre une action rapide et efficace, par contre ils n'ont nullement entendu lui conférer un pouvoir arbitraire qui peut être gravement attentatoire aux libertés individuelles (103) ainsi qu'en témoigne l'arrêt Dame Bourokba relié à l'état d'urgence (104). En l'espèce, la requérante avait été interdite de séjour dans le département d'Oran ; l'arrêté préfectoral avait été pris en vertu de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 permettant au préfet de prendre une semblable mesure à l'égard de « toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics ». Or l'attitude de la Dame Bourokba s'est manifestée exclusivement par des faits *antérieurs* à la déclaration de l'état d'urgence en Algérie. La mesure d'interdiction n'a été prise qu'en raison d'un comportement politique antérieur à l'état d'urgence. Elle ne sanctionne pas un fait mais des idées. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat aurait dû l'annuler. Son autolimitation est lourde de conséquences car,

---

(98) C.E., 15 janvier 1970, Mihoubi, Rec. p. 25 ; dans le même sens C.E., 11 décembre 1970, delle Benz, Rec. p. 763.

(99) Art. cit.

(100) Loi du 9 août 1849 modifiée par les lois du 3 avril 1878 et du 27 avril 1916.

(101) Loi du 3 avril 1955.

(102) C.E., 6 août 1915, Rec. p. 215, Concl. Corneille, S. 1916, III, 9, note Hauriou.

(103) En ce sens Castagné, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, Th. Paris, L.G.D.J., 1964, p. 152 et suiv.

(104) C.E., 16 décembre 1955, D. 1956, p. 392, note Drago.

ainsi que le souligne M. Drago (105), « il en résulte que le Conseil d'Etat considère comme légale une mesure sanctionnant un délit d'opinion. Certes les autorités administratives ne s'embarrassent pas de considérations de cet ordre sur un territoire en état d'insurrection partielle, mais c'est le rôle du juge de les maintenir dans le cadre de leurs compétences. »

Cet exemple jurisprudentiel, révélateur de l'autolimitation du Conseil d'Etat, n'est pas isolé. Dans le même sens il est intéressant de rappeler un arrêt Zaquin rendu le 7 mars 1958 (106). Un décret du 17 mars 1956 autorisait « l'assignation à résidence surveillée ou non » et imposait aux autorités administratives la subsistance et l'hébergement des individus qui y étaient astreints. Le Conseil d'Etat a admis, en application de ce texte, la création de centres d'hébergement destinés à rassembler les personnes s'avérant dangereuses pour la sécurité et l'ordre public ; il a, en effet, considéré que « les auteurs du décret ont entendu conférer à l'autorité administrative le pouvoir de prendre toutes les mesures de surveillance qu'imposent, pour assurer l'efficacité desdites assignations à résidence, les nécessités nées des circonstances exceptionnelles existant en Algérie, même si ces mesures de surveillance entraînent privation de liberté pour les individus qui en font l'objet... » Le juge couvre ici certaines pratiques qui n'étaient nullement prévues par les auteurs du décret susmentionné. Les atteintes portées à la liberté individuelle sont beaucoup plus sévères dans l'internement administratif que dans l'assignation à résidence qui laisse à l'individu sa vie de famille, sa liberté d'aller et de venir et sa situation notamment.

On retrouve la même réserve de la Haute Juridiction lorsqu'elle contrôle les mesures de haute police prises par les ministres en application des décisions présidentielles de l'article 16. L'affaire Livet (107) est révélatrice de cette tendance. Le Général de Gaulle avait pris une décision étendant l'application de l'ordonnance du 7 octobre 1958 relative aux assignations à résidence. Un arrêté ministériel du 15 mars 1962 a prononcé une semblable assignation à l'égard du sieur Livet, à cause de son « attitude » et de ses

---

(105) *Ibid.*, p. 394.

(106) Rec. p. 150.

(107) C.E., 13 novembre 1964, D. 1965, p. 668, note Demichel. Sur le problème de l'internement administratif, v. M. Dran, *Le contrôle juridictionnel..., op. cit.*, p. 453 et suiv. ; Loïc Philip, *Les internements administratifs*, D. 1962, Chr., p. 135.

« fréquentations ». Ces motifs ne seront contrôlés que d'une façon toute théorique par le Conseil d'Etat qui, une fois de plus, se borne à constater que « ces faits entraient dans le champ d'application » des textes précités. Au fond, du reste, cette appréciation n'est pas sans soulever de critiques ; la fréquentation d'un individu, fût-il dangereux, n'est pas, à elle seule, subversive ; en outre les relations d'un citoyen relèvent de sa vie privée et ne sauraient servir de base légale à une mesure de police.

Ces solutions jurisprudentielles apparaissent bien timides si on les compare au « droit commun » du contrôle contentieux sur les mesures de police. Le Conseil d'Etat exerce, en effet, un contrôle très approfondi sur l'appréciation des faits qui ont motivé l'exercice du pouvoir de police : il recherchera non seulement si la mesure avait pour objet de parer à une menace réelle de trouble ou de désordre (108) mais encore si elle était proportionnée à la nature et à l'importance du trouble à prévenir (109). Le juge se reconnaît donc le pouvoir d'apprécier les circonstances de fait qui ont motivé la décision des autorités de police : il leur rappelle ainsi que seules des circonstances anormalement graves leur permettent de porter atteinte aux libertés fondamentales. On peut regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas jugé bon, alors qu'aucun obstacle technique ne s'y opposait, d'utiliser ces mêmes méthodes de contrôle à l'égard des mesures dites de haute police : il aurait ainsi contribué à la nécessaire protection des droits de l'homme.

---

(108) C.E., 23 mars 1935, Société Narbonne, D.H., 1935, p. 367 ; C.E., 6 août 1941, sieur Brugabum, Rec. p. 157.

(109) C.E., 11 décembre 1931, Ligue pour la défense du commerce parisien, S. 1933, III, 57, note Mestre ; C.E., 19 mai 1933, Benjamin, G.A., p. 209.

CHAPITRE II

DOMAINES SANS CONTROLE

Le Conseil d'Etat se refuse à exercer un quelconque contrôle contentieux sur certains actes : la protection de l'Administration par autolimitation de son juge apparaît alors au plus haut degré. Certaines sphères de l'activité des autorités administratives sont, de ce fait, soustraites à toute contrainte juridictionnelle.

D'une part, le Conseil d'Etat accorde une protection toute particulière à l'ordre juridique interne de l'Administration : « la vie intérieure des services publics », selon l'expression du Doyen Hauriou, est laissée à la libre initiative et à l'entière discrétion des autorités qui sont chargées de l'organiser.

D'autre part, le juge refuse de connaître, par la voie du recours pour excès de pouvoir, de certaines décisions administratives exécutoires qui, sous la dénomination d'actes de gouvernement, n'ont entre elles d'autres points communs que d'être soustraites à tout contrôle contentieux.

Enfin, le Conseil d'Etat a récemment refusé de connaître des décisions prises par le Chef de l'Etat, en vertu de l'article 16, sur les matières législatives.

— *Section I.* — La vie intérieure des services publics.

— *Section II.* — Les actes de gouvernement.

— *Section III.* — Les décisions législatives de l'article 16.

SECTION I. — LA VIE INTERIEURE DES SERVICES PUBLICS.

Le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas le pouvoir de contrôler certaines décisions exécutoires qui s'inscrivent dans le cadre de la vie intérieure des services publics, afin d'assurer leur bon fonctionnement ; nous faisons référence aux mesures d'ordre intérieur.

Dès l'abord — et afin d'éviter une confusion très répandue — ces mesures doivent être distinguées des circulaires qui ont normalement pour objet de faire connaître à un fonctionnaire l'intention de son supérieur hiérarchique sur un point relatif à l'exécution du service (1). En principe, un tel acte n'a pas un caractère exécutoire, c'est-à-dire qu'il n'a pas pour effet une modification unilatérale des situations juridiques (2) ; non exécutoire la circulaire ne fait pas grief — et il n'y a donc rien d'anormal à ce que le Conseil d'Etat considère comme irrecevable un recours contre une telle décision ; tout aussi logiquement, le juge administratif se reconnaîtra compétent lorsqu'il aura pu déceler dans la circulaire une véritable décision exécutoire modifiant la situation des administrés (3).

Nous n'étudierons pas cette hypothèse dans la présente section — nous bornant aux cas où paradoxalement le Conseil d'Etat refuse de connaître des décisions pourtant exécutoires relatives au fonctionnement intérieur des services publics. Après avoir rapidement rappelé le régime juridique de ces actes, qui sont soustraits à tout contrôle contentieux, nous tenterons d'expliquer et d'apprécier la position du Conseil d'Etat.

§ I. — *Absence de contrôle sur les mesures d'ordre intérieur.*

Au vu de la jurisprudence, M. de Laubadère (4) a pu distinguer trois grandes catégories de mesures d'ordre intérieur : les instruc-

---

(1) V. Jean Rivero, *Droit administratif, op. cit.*, p. 93.

(2) *Ibid.*, p. 89.

(3) C.E., 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, G.A., p. 398 ; sur cette jurisprudence et l'extension du domaine des circulaires interprétatives, v. *infra*, p. 236 et suiv.

(4) André de Laubadère, *Traité..., op. cit.*, I, p. 276 ; sur cette question, on peut consulter les thèses de J.-J. Chevallier, *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, Th. Nancy, 1924 et de J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, Th. Paris, Sirey, 1934.

tions de service qui peuvent être assimilées à des ordres pris dans l'exercice du pouvoir hiérarchique (5) ; les mesures d'aménagement intérieur des services publics (6) ; des mesures individuelles, de caractère personnel et généralement disciplinaires (7).

Ces différentes mesures d'ordre intérieur ont, entre elles, deux points communs : par nature, ce sont des décisions exécutoires contraignantes pour les individus concernés qui sont obligés de s'y soumettre ; par vocation, elles ont pour but d'assurer le bon ordre dans le fonctionnement du service public concerné dont elles constituent la « charte de l'activité intérieure » (8). Certes elles ne produisent pas d'effets juridiques hors de l'Administration, mais cette limite ne leur enlève pas leur caractère de décision exécutoire (9).

La position du juge en face de ces mesures est très nette : Le Conseil d'Etat se refuse à en connaître par la voie de l'excès de pouvoir. Ou bien il souligne que « les fonctionnaires n'ont pas qualité pour attaquer les ordres ou instructions de leurs supérieurs hiérarchiques intéressant l'exécution du service qu'ils sont chargés d'assurer » (10). Ou bien il indique laconiquement que « la décision n'est pas de nature à être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir » (11). Quel que soit le motif retenu, le résultat est le même : les mesures d'ordre intérieur sont privilégiées par rapport aux autres décisions exécutoires puiqu'elles ne sont pas susceptibles de recours. Que penser d'une telle immunité ?

---

(5) C.E., 24 juillet 1935, Benssahli Semoussi, Rec. p. 885.

(6) C.E., 21 octobre 1938, Lote, Rec. p. 787 ; C.E., 20 octobre 1954, Chapon, Rec. p. 541 (interdiction de porter certains vêtements ou insignes).

(7) Ainsi des changements d'affectation (C.E., 13 février 1914, Chevalier, Rec. p. 202) ou des punitions (C.E., 27 février 1929, Terme, Rec. p. 253).

(8) Rivero, Th. précitée, p. 124.

(9) V. M. Waline, *Traité de Droit administratif*, Sirey, 1963, p. 512.

(10) C.E., 24 juillet 1935, Benssahli Semoussi, précité.

(11) C.E., 21 octobre 1938, Lote, précité. Il en sera autrement lorsque la décision porte atteinte au statut juridique des intéressés : le Conseil d'Etat ne la considère plus alors comme une mesure d'ordre intérieur et se reconnaît pleinement compétent pour en connaître — ainsi en est-il des décisions portant exclusion d'élèves d'un lycée ou d'une école (C.E., 19 mars 1952, Veillard, Rec. p. 169 ; C.E., 6 décembre 1957, Serre, Rec. p. 657 ; C.E., 23 avril 1971, sieur Gaudet, Req. n° 80152).

§ II. — *L'attitude du Conseil d'Etat face à la vie intérieure des services publics.*

Plusieurs explications juridiques, souvent peu convaincantes, ont été avancées pour expliquer les solutions jurisprudentielles.

Alibert considérait que, de par leur objet, ces mesures devaient être soustraites à tout contrôle contentieux (12) ; visant la marche intérieure des services et la discipline, elles sont hors du droit. Aucun contrôle de légalité n'est possible à l'égard de décisions ajuridiques. Cette argumentation n'est nullement satisfaisante, car toute mesure d'ordre intérieur, du fait de son caractère exécutoire, produit des effets de droit à l'égard des individus concernés et constitue donc bien un acte juridique.

Aussi est-ce une autre explication qui est fréquemment présentée : on soutient que le juge administratif n'a pas à connaître de mesures d'aussi faible importance en vertu de l'adage « de minimis non curat praetor » (13). « Cette justification est de valeur très relative » (14) ; les effets des mesures d'ordre intérieur ne sont pas toujours bénins, tant s'en faut. Prenons le cas des punitions dans l'armée : il s'agit là de mesures graves, privations de liberté, qui peuvent entraîner jusqu'à 60 jours d'arrêts de forteresse... Il est d'autant plus difficile de soutenir que de semblables punitions ne font pas grief aux militaires intéressés qu'elles ont une incidence directe sur le déroulement de leur carrière. En pratique, l'officier dont le dossier fait état de sanctions, se verra refuser l'avancement auquel il pouvait prétendre.

Anciennement, Cormenin écrivait très justement : « le recours ôterait à l'exécutif la salutaire liberté de ses mouvements et l'on transférereraient peu à peu par la voie détournée du recours le gouvernement tout entier dans le sein du Conseil d'Etat » (15). Rans l'esprit de l'auteur, cette retenue de la Haute Assemblée provient de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative qui interdit l'immixtion du Conseil d'Etat dans le fonctionnement interne de l'Administration. Cette explication, récemment

---

(12) Raphaël Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, p. 8 et suiv.

(13) J. Rivero, *Droit administratif..., op. cit.*, p. 215 ; G. Vedel, *Droit administratif..., op. cit.*, p. 160.

(14) A. de Laubadère, *Traité..., op. cit.*, I, p. 277.

(15) Cormenin, *Questions de droit administratif*, T. I, p. 136 cité *in* J. Rivero, *Les mesures..., op. cit.*, p. 304.

reprise par M. Boulouis (16), a l'avantage de mettre en relief le souci du juge suprême de ne pas faire œuvre d'administration ; mais elle ne satisfait pas pleinement car après tout — nous l'avons vu — les mesures d'ordre intérieur sont des décisions administratives exécutoires à part entière qui devraient relever, à ce titre, du contrôle du juge administratif.

Dès lors, l'attitude du Conseil d'Etat nous paraît correspondre bien plus au souci, dans une perspective pragmatique, de ne pas entraver l'action administrative et de protéger la vie intérieure des administrations publiques (17), notion qui a été magistralement développée par M. Rivero dans sa thèse. C'est un concept jurisprudentiel qui s'est imposé au Conseil d'Etat sous la pression des faits : le pouvoir d'ordre intérieur est un « pouvoir spontané parce qu'il est un pouvoir nécessaire... Cette nécessité est d'autant plus forte que l'entreprise du service public se trouve subordonnée à une fin particulièrement astreignante : la poursuite de l'intérêt public. L'intérêt public est mobile. Pour s'y conformer à tout instant, le service doit faire preuve d'une certaine plasticité. » (18). On trouve la source principale de cet ordre juridique intérieur dans le pouvoir hiérarchique, c'est-à-dire dans le pouvoir de direction ou de correction qui permet à un organe supérieur de faire prévaloir sa volonté à l'égard d'un autre organe qui lui est inférieur. Le supérieur hiérarchique peut donner des ordres, suspendre, annuler ou réformer les actes des agents de son service : ce sont là de véritables prérogatives que le Conseil d'Etat consacre et protège ; l'inférieur est irrecevable à les attaquer sauf si ces mesures portent atteinte à son statut (19).

La réserve du Conseil d'Etat à l'égard des mesures d'ordre intérieur s'explique donc par la volonté de protéger les prérogatives du supérieur hiérarchique dont il convient de ne pas affaiblir l'autorité, aux dires mêmes de membres éminents du Conseil (20).

---

(16) Jean Boulouis, *Droit administratif*, Cours de droit, Paris, 2e A. licence, 1967-1968, p. 133.

(17) Cette terminologie est celle du Doyen Hauriou. V. *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 12e édition, p. 413, note 18 ; également note sous C.E., 22 mars 1912, Le Moigne, S. 1913, III, 105. Une semblable conception a été exprimée par Mestre ; v. note sous C.E., 22 mars 1929, Gros, S. 1929, III, 129.

(18) J. Rivero, *Les mesures...*, *op. cit.*, p. 255.

(19) V. la jurisprudence rapportée *supra*, p. 139 (3).

(20) V. Fournier et Braibant, *Droit administratif*, Encyclopédie Dalloz, II, n° 113.

Mais cette retenue est-elle vraiment nécessaire ? convient-il réellement, pour reprendre une formule de M. Odent (21), de laisser, dans de semblables domaines, aux autorités responsables une marge de pouvoir dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement même, sans aucun contrôle juridictionnel ? Nous ne le croyons pas. Il est dommage que l'acte discrétionnaire trouve encore un dernier refuge dans le domaine de la vie intérieure des services publics. Il y a là un déni de justice (22) dont l'ampleur est considérable, étant donné le grand nombre des actes soustraits de ce fait à tout contrôle juridictionnel. Aussi peut-on regretter que le Conseil d'Etat n'exerce pas un contrôle minimum sur toutes les mesures d'ordre intérieur pour vérifier au moins qu'elles sont bien prises dans l'intérêt général : à l'irrecevabilité de principe du recours, le Conseil d'Etat pourrait substituer un contrôle même restreint qui lui permettrait au moins d'accueillir, dans un premier temps, le moyen tiré du détournement de pouvoir.

SECTION II. — LES ACTES DE GOUVERNEMENT.

L'article 26 de la loi du 24 mai 1872 confère aux ministres le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées devant le Conseil d'Etat « et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ». Cette disposition est restée lettre morte car le Conseil d'Etat en a devancé l'application : de lui-même, et alors que rien ne l'y obligeait, il s'est déclaré incompétent pour connaître de certaines catégories d'actes administratifs que l'on a coutume de dénommer actes de gouvernement.

Il n'est point dans notre propos de revenir sur le domaine des actes de gouvernement. Qu'il nous suffise de rappeler qu'actuellement deux séries de mesures sont comprises sous cette dénomination : d'abord, les actes concernant les rapports du Gouvernement avec le Parlement, ensuite ceux mettant en cause les rapports du Gouvernement avec un Etat étranger ou un organisme interna-

---

(21) *Contentieux...*, 1965-1966, *op. cit.*, II, 657.

(22) L. Favoreu, *Du déni de justice...*, *op. cit.*, p. 443 et suiv. En droit privé, le déni de justice apparaît comme une défaillance de la technique juridique que le Code civil sanctionne du reste en son art. 4. En droit public, la théorie des mesures d'ordre intérieur (comme celle des actes de gouvernement) conduit à l'admission officielle du déni de justice en faveur des Pouvoirs Publics.

tional. Il convient également de ne pas oublier que récemment la notion a connu un regain d'actualité et de nouveaux développements. C'est la structure des pouvoirs politiques sous la V^e^ République qui a conduit à cet élargissement (23).Ainsi le Conseil d'Etat a refusé de connaître de la décision de recourir à l'article 16 qu'il a expressément qualifiée d'acte de gouvernement (24) ; pour la même raison, il n'a pas voulu contrôler la durée d'application de cette dictature temporaire. De telles décisions modifient, en effet, directement et immédiatement les rapports entre les Pouvoirs Publics constitutionnels. Par ailleurs le Conseil d'Etat a vu un acte de gouvernement dans la décision du Président de la République de soumettre un projet de loi au referendum (25) car cet acte est de même nature que celui par lequel le gouvernement soumet un projet de loi au Parlement.

Mais pour apprécier l'attitude du Conseil d'Etat en face de ces actes, il convient de se pencher sur le critère de l'acte de gouvernement. La doctrine s'est beaucoup intéressée à cette question mais a toujours été et demeure profondément divisée. La doctrine classique n'a pu trouver un critère juridique : les actes de gouvernement sont de même nature que les autres décisions administratives, mais le juge ne veut pas en connaître. Dès lors, les actes de gouvernement se définissent uniquement par leur régime juridique : ce sont ceux qui, à un moment donné, sont soustraits à tout contrôle contentieux et échappent, de ce fait, à l'emprise des juridictions administratives. Ils forment une « catégorie fonctionnelle » (26) qui ne tire son unité que de la fin à laquelle les destine le Conseil d'Etat qui ne s'est jamais attaché à les réunir dans une « catégorie conceptuelle » pour les définir. La notion est donc relative ; elle a un contenu variable, ce qui fait dire à M. Odent : « Il n'y a pas de définition des actes de gouvernement, on ne peut

---

(23) V. note J.T., A.J.D.A., 1961, II, 672.

(24) C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, R.D.P., 1962, p. 294, Concl. Henry ; sur cette question, on peut consulter la thèse de Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Th. Paris, L.G.D.J., 1968, p. 268. Très fréquemment, le Conseil d'Etat ne prononce pas le mot d'acte de gouvernement : il se borne alors à constater que les actes qui lui sont déférés ne sont pas « sucesptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif » ou « ne peuvent être utilement critiqués devant la juridiction administrative » (C.E., 29 avril 1970, Comité des chômeurs de la Marne et sieur Le Gac, Rec. p. 279 ; C.E., 21 juillet 1972, sieur Legros, Rec. p. 554).

(25) C.E., 19 octobre 1962, Brocas, Rec. p. 553, Concl. Bernard, R.D.P., 1962, p. 1180, Chr. de Laubadère.

(26) J. Rivero, *Droit administratif comparé, op. cit.*, p. 77.

que les énumérer et chaque énumération se ressent de celui qui la fait » (27). On comprend, dans ce climat, que les opinions doctrinales actuelles soient très divergentes. Nous retiendrons deux courants qui paraissent caractéristiques, en dehors des thèses négatives de la théorie des actes de gouvernement (28).

Certains auteurs expliquent la position du Conseil d'Etat par la volonté de protéger les prérogatives *gouvernementales*. Telle est la théorie de M. Bénoit (29) qui distingue les deux fonctions du pouvoir exécutif que sont la fonction gouvernementale et la fonction administrative. La première est assurée sous le contrôle politique du Parlement, la seconde sous le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat. Or c'est un critère organique (actes émanant d'une autorité administrative) qui détermine en principe la compétence du juge administratif. Ce dernier ne pourra donc que se déclarer incompétent à l'égard des actes correspondant à une fonction gouvernementale — ce qui est bien le cas pour ceux ayant trait aux relations internationales ou aux rapports du gouvernement et du Parlement. Cette conception est séduisante, mais la difficulté réside dans la distinction des deux fonctions envisagées. M. Bénoit, il est vrai, propose un critère de différenciation : l'Administration suppose une action subordonnée alors que toute action non subordonnée relève de la fonction gouvernementale. Mais le clivage est fragile et ses limites sont peu claires : d'abord, même en cas d'action subordonnée, le ministre pourra engager la responsabilité politique du gouvernement ; par ailleurs, la décision d'une autorité administrative peut revêtir à la fois un aspect gouvernemental et un aspect administratif.

C'est à une thèse du même ordre que se range M. Chapus qui considère que l'acte de gouvernement se rapporte aux activités gouvernementales dont le Conseil d'Etat n'a pas à connaître (30). L'auteur tente donc, lui aussi, de donner un fondement juridique à la théorie des actes de gouvernement en la rattachant également à la distinction des activités administratives et gouvernementales ;

---

(27) Odent, *Contentieux..., op. cit.*, p. 204.

(28) En ce sens v. Michoud, *Des actes du gouvernement*, Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble, T. I, 1889, p. 263 ; J. Donnedieu de Vabres, *La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France*, E.D.C.E., 1949, p. 44 ; M. Virally, *L'introuvable acte de gouvernement*, R.D.P., 1952, p. 317.

(29) F.-P. Bénoit, *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 418 à 420.
Chr., p. 5.

(30) R. Chapus, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime* ? D. 1958, chr. p. 5.

il affirme en ce sens que le Conseil d'Etat ne peut pas connaître d'actes ou d'activités extérieurs à l'action administrative. Dans ce sens, René Capitant avait précisé que la fonction gouvernementale s'exerce par la participation à la législation interne ou à la législation internationale (31). Mais de telles références ne sont guère juridiques : la distinction de l'Administration et du Gouvernement est très souple et se situe sans doute plus à un niveau politique que juridique.

Dans la même voie, M. Couzinet tente de juridiciser les notions susmentionnées (32) en faisant reposer sur un critère organique la théorie des actes du gouvernement. Le Conseil d'Etat, en effet, ne peut connaître que des actes émanant d'autorités administratives ; or un même organe peut exercer deux fonctions : administrative et gouvernementale. Lorsque ledit organe accomplit une fonction gouvernementale, il agit en qualité d'autorité souveraine et, à ce titre, son activité ne saurait être contrôlée par le juge administratif. Ainsi au dualisme fonctionnel correspond un dédoublement organique de l'autorité publique — ce qui fonderait l'incompétence du juge (33). Cette thèse s'inscrit dans la conception organique du droit administratif que défend cet auteur. Cependant, elle semble factice dans la mesure où le dédoublement organique de l'autorité publique ne correspond pas à une réalité tangible mais seulement à un concept forgé pour les besoins de la cause. En outre — et pour nous en tenir à une critique plus juridique — tous les actes dits de gouvernement n'émanent pas d'autorités gouvernementales : il en est qui sont émis par des autorités non souveraines de toute évidence — ainsi par des organes déconcentrés (34).

Cependant, récemment encore, certains auteurs ont tenté de trouver un fondement juridique à l'incompétence du juge administratif. Pour M^lle^ Batailler, le Conseil d'Etat y aurait été inéluctable-

---

(31) *De la nature des actes de gouvernement,* Mélanges Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p. 99.

(32) Paul Couzinet, *Droit administratif,* cours multig. licence 2^e^ année, Toulouse, 1963-1964.

(33) V. dans le même sens, Pierre Montane de la Roque, *Les actes de gouvernement,* Ann. Faculté de Droit de Toulouse, 1960, p. 71.

(34) Tels les actes émis par le préfet lors des élections. Ainsi le Conseil d'Etat a refusé de connaître d'un refus opposé par un préfet à l'enregistrement d'une déclaration de candidature à l'Assemblée constituante (C.E., Ass. 26 juillet 1946, Pebellin, Rec. p. 48) ou d'une décision préfectorale relative aux déclarations d'apparentements (C.E., 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, Rec. p. 320).

ment conduit du fait de la séparation des pouvoirs (35) : le juge, fût-il administratif, ne peut pas connaître des actes de la fonction gouvernementale. Et l'auteur de présenter une définition de ce dernier concept : il y a exercice de la fonction gouvernementale « Quand le pouvoir exécutif agit directement en relations avec les autres pouvoirs constitués — pouvoir législatif et pouvoir judiciaire et avec les autres Etats » (36). Au contraire, si le pouvoir exécutif n'a que des relations médiates avec les autres pouvoirs, il exerce une simple fonction administrative. Cette thèse, pour séduisante qu'elle soit, ne correspond pas à la réalité jurisprudentielle : le Conseil d'Etat accepte bien d'apprécier la légalité des décrets-lois ou des ordonnances qui s'inscrivent pourtant dans le cadre de rapports directs entre Gouvernement et Parlement. L'acte de gouvernement ne trouve donc pas son fondement dans la séparation des pouvoirs ainsi entendue.

Aucun critère juridique ne permet donc de cerner la notion d'acte de gouvernement : tous reposent sur des présupposés politiques. Ne conviendrait-il pas dès lors d'apprécier ouvertement l'attitude du Conseil d'Etat en face de l'acte de gouvernement dans une perspective politique ? Seule cette optique peut conduire à apprécier le juste rôle du Conseil d'Etat en ce domaine.

Cette théorie des actes de gouvernement révèle, en effet, ainsi que M. Vedel l'a souligné (37), la timidité du juge administratif qui craint « de ne pouvoir plier un organe politique au respect du droit ». L'autolimitation du Conseil d'Etat est sousjacente : un refus de s'immiscer dans la haute sphère des compétences réservées au pouvoir politique. Le Conseil d'Etat concède, en fait, au pouvoir exécutif un domaine où il renonce à pénétrer car les questions qui s'y posent débordent le cadre de la stricte légalité. Consciemment ou non, le Conseil d'Etat ne peut pas ne pas ressentir l'ancienne nécessité de l'indépendance du pouvoir politique qui est situé au-dessus de l'Administration active (38). Le juge administratif

---

(35) Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel,* Th. Paris, L.G.D.J., 1966, p. 232.

(36) *Ibid.,* p. 232.

(37) Note sous C.E., 2 novembre 1951, Tixier, J.C.P. 1952, II, 6810. Déjà en 1896, Edouard Laferrière avait écrit : « ce qui domine dans l'acte de gouvernement, c'est son caractère politique » (*Traité de la juridiction administrative, op. cit., II,* p. 37).

(38) Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'Administration active, op. cit.,* p. 228 et suiv.

suprême place ainsi une barrière à sa propre compétence afin de ne pas mettre le Gouvernement sur la défensive, pour reprendre l'expression du Doyen Hauriou (39). En outre, une raison d'efficacité peut expliquer cette attitude : le Conseil d'Etat risquerait de voir ses arrêts demeurer lettre morte s'il entrait en conflit avec l'Exécutif dans sa fonction gouvernementale et politique.

Il n'en reste pas moins que cette théorie est un mal dans la mesure où elle conduit à un déni de justice (40). Certes M. Virally s'est attaché à montrer qu'il n'en était rien (41) ; selon cet auteur, les actes dits de gouvernement ne sont pas sans contrôle, mais leur censure relève d'organismes autres que le Conseil d'Etat. D'une part, les actes mettant en cause les rapports de la France avec des Etats étrangers relèvent des juridictions internationales. D'autre part, ceux relatifs aux rapports du Gouvernement et du Parlement permettent de mettre en jeu la seule responsabilité politique du Gouvernement et « la haute juridiction administrative, en s'immisçant dans ces rapports constitutionnels, aurait incontestablement violé les limites de sa compétence » (42). Cette position paraît insoutenable à M. Waline qui s'emploie à en démontrer les faiblesses (43). D'abord, il est des actes concernant les rapports internationaux qui ne mettent en cause aucune règle de droit international public et, partant, ne relèvent d'aucune juridiction internationale — tels les actes relatifs à la protection diplomatique ou consulaire... dont cependant le Conseil d'Etat refuse de connaître. Ensuite, quant aux actes mettant en jeu les rapports du Gouvernement et du Parlement, M. Waline n'a pas de peine à montrer que dans des domaines voisins le Conseil d'Etat n'est pas si réticent pour connaître d'actes intéressant au plus haut point la politique : ainsi lorsqu'il accorde réparation du fait des lois. Enfin l'auteur souligne bien les dangers inhérents à la thèse soutenue par M. Virally qui « tout en ayant l'apparence de combattre la théorie des actes de gouvernement, tend en réalité... à justifier une jurisprudence dont l'effet le plus certain est de consacrer des dénis de justice » (44).

Il s'agit donc bien d'actes privilégiés par le Conseil d'Etat lui-même et, d'un point de vue juridique, on ne peut, après M. Waline,

---

(39) M. Hauriou, *Précis...*, *Sirey*, 1901, 1re éd., p. 299.
(40) En ce sens, v. G. Dupuis, *Les privilèges de l'Administration, op. cit.*, p. 246.
(41) M. Virally, *L'introuvable acte de gouvernement*, art. cit., p. 317.
(42) *Eod. loc.*
(43) Marcel Waline, *Précis de Droit administratif, op. cit.*, p. 165 à 169.
(44) *Ibid.*, p. 166.

que souhaiter voir disparaître cette immunité qui se rattache aux origines historiques les plus anciennes du recours pour excès de pouvoir (45) ; en effet, selon les propres termes du Commissaire du Gouvernement Donnedieu de Vabres, « Il n'est point d'opération produisant des effets de droit qui puisse, dans un Etat organisé, être dépourvue de contrôle juridictionnel. » (46). Cependant, d'un point de vue politique, il convient de ne pas ignorer les risques que comporterait pour le Conseil d'Etat l'abandon de sa jurisprudence sur les actes de gouvernement. De vives réactions seraient à craindre, les plus hautes autorités de l'Etat tenant à conserver une sphère de totale indépendance. Dans ces conditions, le remède ne serait-il pas pire que le mal ?

SECTION III. — LES DECISIONS LEGISLATIVES DE L'ARTICLE 16.

La Constitution du 4 octobre 1958, dans le cadre d'une rationalisation des pouvoirs, prévoit un régime juridique particulier au cas de grave crise nationale : le Chef de l'Etat peut alors, en application de l'article 16, exercer une dictature temporaire (47).

Le Conseil d'Etat s'est refusé à connaître, au contentieux, des décisions prises par le Président de la République sur des matières législatives de l'article 34. Le principe jurisprudentiel a été posé le 2 mars 1962 dans le célèbre arrêt Rubin de Servens (48). Le Commissaire du Gouvernement M. Henry avait proposé au Conseil d'Etat de se déclarer incompétent en la matière au motif que le contrôle juridictionnel aurait pu interférer avec une éventuelle intervention parlementaire (49). Le raisonnement n'est guère solide : dans un régime parlementaire, comme celui établi en principe par la Constitution de 1958, les Assemblées peuvent toujours demander compte au gouvernement des décisions administratives qu'il a prises... décisions qui sont pourtant soumises paral-

---

(45) Quitte à ce que le Conseil d'Etat n'exerce au fond qu'un contrôle limité sur de tels actes pour l'élaboration desquels il pourrait reconnaître aux autorités compétentes un large pouvoir discrétionnaire.

(46) Concl. sur C.E., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, R.D.P., 1953, p. 459.

(47) Sur cette question on peut consulter la thèse de Michèle Voisset, *L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958, op. cit.*, v. aussi Morange, *Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16,* D. 1962, Chr., p. 109.

(48) G.A., p. 494.

(49) Concl. Henry, R.D.P., 1962, p. 296.

lèlement au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat ! En outre, selon la propre conception du Général de Gaulle, le Parlement, réuni de plein droit pendant l'application de l'article 16, ne pouvait connaître des matières dont le Chef de l'Etat se réservait le monopole : dès lors aucun contrôle parlementaire n'était à craindre et le contrôle juridictionnel se justifiait pleinement comme sur tout acte émanant d'une autorité exécutive.

Ensuite, le commissaire du gouvernement a considéré que le régime applicable auxdites décisions devait s'inspirer de celui établi pour les actes intervenus en période de grave crise nationale : les décrets-lois des gouvernements provisoires sont, en effet, traditionnellement soustraits à tout contrôle juridictionnel. Mais le rapprochement est, sinon fallacieux, du moins abusif, ainsi que l'a bien mis en relief M. Favoreu (50) : le gouvernement provisoire est un gouvernement originaire qui naît généralement après une crise révolutionnaire alors que le Président de la République est une autorité constituée ; par ailleurs le gouvernement provisoire suppose la disparition de tous les anciens organes du pouvoir, ce qui n'était pas le cas en 1961, car le Gouvernement et le Parlement restaient en fonctions et le Chef de l'Etat continuait à agir comme autorité administrative (51). En réalité, rien n'obligeait le Conseil d'Etat à se déclarer incompétent ; aucun article de la Constitution n'imposait cette solution à la différence de l'article 92 qui, concernant les ordonnances intérimaires, spécifiait que ces actes avaient force de loi. La théorie du non-lieu législatif obligatoirement applicable aux ordonnances précitées ne s'imposait nullement pour les décisions de l'article 16 (52). Dès lors, la solution jurisprudentielle paraît reposer sur un fondement politique.

En pratique, toutes les décisions prises par le Chef de l'Etat entre le 23 avril et le 30 septembre 1961 concernaient des matières de l'article 34, car elles assignaient des limitations à l'exercice des libertés. En conséquence, le contrôle juridictionnel sur l'application de l'article 16 ne pouvait être que virtuel si ce n'est sur les mesures individuelles prises en vertu des « décisions législatives » (53).

La portée de cette jurisprudence sera pourtant confirmée et étendue lors de l'affaire Livet (54). En l'espèce, le Général de Gaulle avait pris, le 24 avril 1961, une décision « étendant l'appli-

(50) L. Favoreu, *Du déni de justice..., op. cit.*, p. 150 et suiv.
(51) V. Morange, chr. précitée.
(52) F. Batailler, *Le Conseil d'Etat..., op. cit.*, p. 77.
(53) F. Batailler, *Le Conseil d'Etat..., op. cit.*, p. 521.
(54) C.E., 13 novembre 1964, sieur Livet, D. 1965, p. 668, note Demichel.

cation de l'ordonnance du 7 octobre 1958 » relative aux assignations à résidence. On sait que, le 29 septembre 1961, il est mis fin à l'application de l'article 16 ; cependant, par une décision du même jour, le Président de la République maintient en vigueur jusqu'au 15 juillet 1962 certaines mesures antérieures dont la décision du 24 avril (55). Au contentieux, le Conseil d'Etat refuse d'en apprécier la légalité au motif que ladite décision, se rapportant à des mesures administratives restrictives de la liberté individuelle, « porte sur des matières législatives et présente le caractère d'un acte législatif ». Le Conseil d'Etat reprend donc les propres termes de sa jurisprudence Rubin de Servens, mais la transposition est fallacieuse : là, la décision attaquée était applicable pendant la mise en vigueur de l'article 10 ; rien de tel ici : la mesure incriminée produit pratiquement tous ses effets après la cessation de l'application de l'article 16. Or, souligne très justement M. Demichel (56), si l'article 16 confère au Président de la République un pouvoir législatif, cette transmission est provisoire, limitée à la durée d'application dudit article. Lorsque les circonstances ne justifient pas le maintien de l'article 16, toutes les décisions qu'il avait suscitées deviennent sans objet. Une telle interprétation est, du reste, conforme aux intentions des auteurs de l'article, telles qu'on les trouve exprimées dans les commentaires officieux de la Constitution : « Il n'y a pas de doute que si la crise est terminée, toutes les mesures prises à titre exceptionnel doivent tomber d'elles-mêmes. » (57). Ensuite, seules les procédures normales d'extension des attributions de l'Exécutif sont applicables (58). Aussi le Conseil d'Etat aurait-il dû censurer l'excès de pouvoir commis par le Chef de l'Etat qui a étendu dans les faits, sans fondement juridique, la durée d'application de certaines décisions. En tout état de cause, à partir du moment où l'article 16 n'était plus en vigueur, ces mesures auraient dû être appréhendées sous leur véritable nature : s'agissant d'actes émanant d'une autorité exécutive qui avait empiété sur le domaine législatif, elles auraient mérité l'annulation. Ce sont, ici encore, des raisons politiques qui ont conduit le Conseil d'Etat à manifester une pareille réserve.

---

(55) Sur le refus du Conseil d'Etat de contrôler la durée d'application de l'article 16, v. C.E., 23 octobre 1964, d'Oriano, R.D.P., 1965, p. 282, concl. Bernard.

(56) C.E., 13 novembre 1964, sieur Livet, D. 1965, p. 670, note Demichel.

(57) N.E.D., n° 2530.

(58) Tel l'article 38 de la Constitution ; en ce sens M. Duverger, *L'article 16 et ses limites*, Le Monde, 5 mai 1961.

CONCLUSION DU TITRE

Le contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir n'est pas uniforme. Il est d'intensité variable selon les besoins et les nécessités du service public. Le Conseil d'Etat module son contrôle en fonction de la nature de l'acte qui lui est déféré. Il privilégie ainsi certains domaines de l'activité administrative qu'il soustrait à son contrôle de droit commun.

En conséquence, le Conseil d'Etat n'est pas pareillement juge de la légalité de tous les actes administratifs : certains lui échappent totalement, d'autres ne sont examinés que superficiellement. L'Administration vit, de ce fait, partiellement sous un régime d'alégalité voire d'illégalité. Cette autolimitation du Conseil d'Etat confère donc indirectement des prérogatives à la puissance publique. Celle-ci se voit reconnaître de la sorte une assez large indépendance par rapport au juge qui la contrôle — ce qui la place dans une situation exorbitante à l'égard des administrés. Mais la Haute Juridiction pourra protéger directement l'Administration en lui attribuant d'elle-même des prérogatives.

DEUXIÈME PARTIE

RECONNAISSANCE DIRECTE DES PRÉROGATIVES DE L'ADMINISTRATION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

Le recours pour excès de pouvoir a une portée considérable et, de par son extension, il tend à englober tous les aspects de l'acte administratif. Mais, trop souvent, le recours a caché l'acte (1). Aussi n'est-ce pas seulement à l'illégalité de l'acte qu'il convient de s'attacher ; il faut dépasser cet aspect et considérer ce qui conditionne l'existence de la décision administrative.

La naissance de l'acte administratif et son application sont, en principe, prévus par la loi. Mais le législateur ne peut tout prévoir et ne prévoit parfois pas assez. Le Conseil d'Etat a été amené à combler les lacunes de la législation en reconnaissant, *extra legem*, à l'Administration des pouvoirs que les textes ne lui avaient pas confiés.

Ainsi, il a pu d'une part, renforcer la liberté de décision de l'Administration, et, d'autre part, accroître ses moyens d'action.

— *Titre I.* — Le renforcement de la liberté de décision de l'Administration.

— *Titre II.* — L'accroissement des moyens d'action de l'Administration.

---

(1) Charles Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E., 1957, p. 25.

TITRE I

LE RENFORCEMENT DE LA LIBERTE DE DECISION DE L'ADMINISTRATION

L'Administration a un pouvoir qui lui est formellement reconnu par les normes : prendre des décisions exécutoires. La décision exécutoire peut être définie comme la manifestation unilatérale de la volonté de l'Administration en vue de produire des effets de droit — ce qui entraîne au profit de l'autorité administrative compétente « le pouvoir de faire naître unilatéralement des obligations et éventuellement des droits au profit ou à la charge de tiers sans le consentement de ceux-ci » (2).

Le caractère exorbitant de ce pouvoir relève de l'évidence : l'Administration peut se délivrer à elle-même un titre juridique exécutoire alors que les particuliers, pour obtenir le même résultat, doivent passer par l'intermédiaire du juge judiciaire. L'Administration se trouve ainsi dispensée, pour l'exercice de ses droits, de s'adresser préalablement à un juge. En outre, il faut souligner que l'acte unilatéral, exceptionnel en droit privé, révèle bien l'inégalité fondamentale des rapports entre l'Administration et les particuliers (3). Aussi son utilisation n'est-elle possible que lorsque la loi la prévoit expressément : mais ce domaine, il faut bien le reconnaître, est fort large.

---

(2) G. Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 146.

(3) La doctrine voit généralement dans la faculté reconnue à l'Administration de prendre des décisions exécutoires une caractéristique essentielle de la Puissance publique. En ce sens, L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 1927, I, p. 712 ;M. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 1903, p. 257 ; A. de Laubadère, *Traité..., op. cit.*, 1973, I, p. 302 ; J. Rivero, *Droit administratif, op. cit.*, p. 89 ; G. Vedel, *Droit administratif, op. cit.*, p. 173 ; M. Waline, *Traité..., op. cit.*, p. 382. *Contra :* G. Dupuis, *Les privilèges de l'Administration, op. cit.*, 1re partie, titre I, p. 41 à 203.

Le processus de décision sera examiné avec sollicitude par le Conseil d'Etat qui laissera le plus de liberté possible à l'Administration et lui accordera des pouvoirs spécifiques. Le juge administratif suprême protègera d'abord l'élaboration de la décision administrative puis facilitera son application.

— *Chapitre I.* — L'élaboration de la décision administrative.

— *Chapitre II.* — L'application de la décision administrative.

CHAPITRE I

L'ELABORATION DE LA DECISION ADMINISTRATIVE

Le Conseil d'Etat attribue à l'Administration certains pouvoirs destinés à faciliter la procédure d'élaboration de l'acte administratif. Ces pouvoirs lui sont soit conférés en dehors des textes législatifs ou réglementaires, soit déduits d'une interprétation très large de ces mêmes textes. C'est par l'action délibérée du Conseil d'Etat que l'Administration se voit reconnaître ces prérogatives qui facilitent la prise de décision.

Nous examinerons les réponses apportées par le juge suprême à trois questions particulièrement révélatrices qui peuvent se poser à l'Administration lorsqu'elle veut émettre un acte administratif unilatéral : peut-elle prendre une semblable décision à tout moment ? Ne doit-elle pas, avant de prendre une décision non réglementaire, consulter les intéressés ? Enfin doit-elle motiver la décision qu'elle édicte ?

Aussi le présent chapitre sera-t-il divisé en trois sections :

— *Section I.* — La décision administrative peut être prise à tout moment.

— *Section II.* — La décision administrative peut être prise sans audition des intéressés.

— *Section III.* — La décision administrative n'a pas à être motivée.

SECTION I. — LA DECISION ADMINISTRATIVE PEUT ETRE PRISE A TOUT MOMENT.

Le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration la possibilité de prendre une décision exécutoire à tout moment. La liberté de réglementation est un principe qui gouverne la procédure administrative non contentieuse. Il en résulte que l'autorité compétente pourra prendre un acte unilatéral quand bon lui semble, alors même qu'elle ne paraissait parfois y avoir été habilitée que pour un certain délai. La liberté de l'Administration est identique en ce qui concerne les mesures non-réglementaires.

§ I. — *Les délais dans lesquels interviennent les règlements.*

La réglementation s'exerce librement dans le temps. Le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration deux prérogatives bien distinctes : celle d'émettre un règlement à tout moment et celle de le modifier quand bon lui semble.

L'émission d'un règlement est à la discrétion des autorités compétentes. L'Administration choisit en effet librement le moment de prendre un règlement en exécution d'une loi. On avance, en ce sens, qu'il convient de laisser à l'Administration active le soin d'apprécier l'opportunité de son intervention (4). Cette argumentation ne paraît pas décisive car la latitude ainsi laissée aux pouvoirs publics aboutit trop souvent à l'inexécution totale ou partielle de textes votés par le législateur. De fait, certaines lois n'ont jamais reçu application (5). Ainsi une ordonnance du 23 mai 1945 modifiant une loi du 11 septembre 1941 sur les sociétés pharmaceutiques prévoyait en son article 39 : « Le capital de ces sociétés doit appartenir en majorité soit à un ou plusieurs pharmaciens inscrits au Conseil de l'Ordre, soit à l'Etat. Un décret rendu

---

(4) Joseph Barthélemy s'était fait l'écho de cette nécessité : « Les besoins de la vie d'un Etat sont beaucoup trop variés, beaucoup trop complexes pour qu'il puisse y être donné satisfaction par des mesures rigoureusement prévues et réglées à l'avance. C'est la tâche du Gouvernement d'examiner comment, dans quelle mesure, avec quels tempéraments la loi doit être appliquée ; l'art de gouverner exigera même parfois que la loi ne soit pas appliquée du tout » (*De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application*, R.D.P., 1907, p. 295).

(5) En ce sens, v. J.-M. Auby, *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois*, J.C.P., 1953, I, 1080.

sur le rapport du Ministre de la Santé Publique et de la Population et du Ministre de l'Economie Nationale et des Finances fixera les conditions de la participation de l'Etat. » Craignant d'introduire une nationalisation des sociétés pharmaceutiques, le Gouvernement n'a jamais pris le décret que le Législateur avait prévu... et la loi précitée ne fut jamais appliquée. Un tel exemple est loin d'être isolé et les parlementaires prennent actuellement conscience de la paralysie qui risque ainsi d'affecter la législation. Au cours de la réception du bureau de l'Assemblée Nationale à l'Elysée, le 6 avril 1972 (6), le Président Peretti a attiré l'attention du Chef de l'Etat sur cette carence : il ressort, en effet, d'une enquête effectuée par les services de l'Assemblée Nationale que cent soixante-trois décrets et seize arrêtés, qui auraient dû être publiés en application des lois promulguées entre 1968 et 1972, n'ont pas encore été pris. Cette inertie des autorités exécutives est des plus critiquable et on peut regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas tenté d'y remédier efficacement.

Les solutions jurisprudentielles sont identiques — et encore plus contestables — lorsque la loi a fixé un délai dans lequel le gouvernement doit prendre les mesures d'exécution qui s'imposent. Ainsi l'Administration n'est pas tenue de sortir un règlement d'administration publique dans les délais impartis par le législateur (7). En effet « le Conseil d'Etat interprète toujours la fixation de ce délai comme l'expression d'un désir que la loi soit rapidement applicable et jamais comme ayant un caractère impératif et limitatif » (8). Cette solution est très fâcheuse : elle contrarie la volonté claire et impérative du Parlement législateur et aboutit, très fréquemment, à retarder la mise en application des textes législatifs. Ainsi la loi Neuwirth sur la régulation des naissances, votée en décembre 1967, avait accordé au gouvernement un délai de six mois pour prendre les décrets d'application ; ceux-ci ne sortirent qu'à compter de février 1969.

Le Conseil d'Etat, en protégeant de cette manière les prérogatives de l'Administration, permet à celle-ci de mettre en échec la volonté des représentants de la nation. Il convient cependant de reconnaître que le juge suprême a posé des limites à cette liberté de l'Adminis-

---

(6) « Le Monde », 9-10 avril 1972.

(7) C.E., 7 avril 1933, Caisse régionale de Crédit agricole du Sud-Ouest, Rec. p. 437.

(8) Odent, *Contentieux administratif*, 1965-1966, *op. cit.*, I, p. 177 et IV, p. 1131.

tration. Il considère que l'autorité compétente doit prendre dans un délai raisonnable les mesures d'exécution nécessaires à l'application effective du texte considéré sous peine de voir engager sa responsabilité (9).

Une fois mis en application, le règlement peut être modifié à tout moment ; le gouvernement peut notamment toujours modifier un règlement d'administration publique. Un exemple fort net peut être cité en ce sens : l'article 1041 du Code de procédure civile dispose qu'avant le 1er janvier 1807 des règlements d'administration publique interviendront tant en ce qui concerne la taxe des frais que la police des tribunaux... semblable disposition reste la base légale de tout règlement d'administration publique fixant depuis 150 ans non seulement les tarifs mais encore les conditions de formation et de recrutement des officiers ministériels ! (10). M. Odent approuve sans réserves cette solution (11) car l'inverse, souligne-t-il, reviendrait à interdire au gouvernement de modifier un règlement d'administration publique une fois le délai expiré et nous priverait du bénéfice de la souplesse du règlement d'administration publique par rapport à la procédure législative. Cette solution protectrice de l'Administration est, au demeurant, parfaitement fondée juridiquement : le règlement d'administration publique n'est, en effet, sauf cas très exceptionnels, que la mise en œuvre du pouvoir réglementaire normal mais sous des formes très particulières ; dès lors, comme tout règlement, il doit pouvoir être modifié à tout moment.

---

(9) Le Conseil d'Etat considère qu'en n'assurant pas l'exécution de la loi, l'Administration a manqué à l'une de ses obligations — manquement constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat. On peut, du reste, souligner au passage l'ambiguïté du raisonnement de la Haute Juridiction qui ne retient pas le caractère obligatoire du délai imparti à l'Administration par le législateur mais qui considère que son inobservation par une autorité administrative constitue un manquement fautif à l'une de ses obligations. On ne peut sortir du dilemme qu'en recourant à un artifice et en disant que la seconde obligation dont s'agit est de nature politique et est sanctionnée par la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée (v. Auby, art. cit.). Jurisprudence constante : C.E., 27 novembre 1964, Min. des Finances et des Affaires économiques c. dame Vve Renard, Rec. p. 590, Concl. Galmot ; C.E., 9 juin 1967, Min des P. et T. c. dame Lebreton, Dr. Adm., 1967, n° 228.

(10) C.E., 25 octobre 1957, Duval, S. 1957, p. 441, Concl. Gazier.

(11) *Contentieux administratif*, 1965-1966, *op. cit.*, I, p. 177 et IV, p. 1131.

§ II. — *Les délais dans lesquels interviennent les mesures non réglementaires.*

Le Conseil d'Etat adopte un raisonnement identique en ce qui concerne les mesures individuelles : l'inobservation des délais impartis à l'Administration n'est pas retenue par le juge comme motif d'annulation. Par exemple, si le législateur prévoit que des décisions administratives individuelles devront intervenir dans le délai d'un an, il est loisible à l'autorité administrative de repousser les limites temporelles qui lui sont imparties — le délai n'étant pas prescrit à peine de nullité (12). Autrement dit, la fixation législative d'un délai est ici encore dépourvue de toute valeur juridique et équivaut seulement à un vœu. Ce principe connaît une exception lorsque l'existence du délai constitue une garantie pour les administrés : en ce cas son inobservation vicie la décision administrative prise tardivement (C.E. 22 novembre 1963, Dalmas de Polignac, R.D.P., 1964, p. 692 avec les concl. de M. Henry, D. 1964, p. 161 et la note de M. Debbasch). Cette dernière affaire concernait la matière des décrets individuels d'amnistie ; le Conseil d'Etat a considéré très justement qu'il résultait des termes mêmes de la loi du 31 juillet 1959 portant amnistie que le législateur avait entendu limiter au délai d'un an non pas seulement la possibilité offerte aux délinquants de présenter une demande en vue d'être admis par décret au bénéfice de l'amnistie, mais également la compétence ainsi confiée au gouvernement pour intervenir dans une matière législative, en vertu de l'article 34 de la Constitution. On ne peut qu'approuver cette interprétation stricte de la loi qui correspond à la volonté du législateur... mais regretter aussi que le champ d'application de cette jurisprudence demeure par trop limité.

SECTION II. — LA DECISION ADMINISTRATIVE PEUT ETRE PRISE SANS AUDITION DES INTERESSES.

En principe, l'Administration n'a pas à informer les administrés intéressés avant de prendre une décision qui les concerne.

---

(12) C.E., 24 octobre 1962, Meriot, Rec. p. 563 ; C.E., 7 juillet 1965, sieur Sentenac, Rec. p. 414. Egalement C.E., 26 mai 1965, Ministre de la Construction c. époux Fan, p. 306 où il est admis que l'expiration d'un délai de 30 jours imparti au maire pour statuer sur une demande de permis de construire ne lui interdisait pas de se prononcer sur cette sollicitation par la suite.

En matière réglementaire, il faut cependant reconnaître que l'Administration tend, de plus en plus, essentiellement pour les besoins de sa politique économique et sociale, à consulter les intéressés ou leurs représentants pour les associer à la préparation des décisions. Cette pratique de la concertation assure une meilleure efficacité de l'action administrative grâce à l'adhésion du milieu concerné (13).

Dans le cadre des décisions individuelles, l'information des intéressés revêt un tout autre caractère. Il s'agit de permettre aux individus qui doivent faire l'objet d'une mesure administrative individuelle de présenter leur défense. Le respect des droits de la défense doit assurer la protection des citoyens. Le Conseil d'Etat a-t-il réellement assuré cette protection ?

Les droits de la défense revêtent un double aspect : à l'origine le principe a été dégagé devant les juridictions administratives où il se manifestait par l'exigence d'une procédure contradictoire ; puis il s'est développé par une sorte de phénomène d'irradiation devant l'Administration active (14). Mais la transposition n'a été que partielle et dans ce dernier cadre, le principe se trouve être fortement atrophié : son application est cantonnée à un domaine d'exception. En outre, lorsque le principe des droits de la défense est applicable, les règles qui y sont incluses sont très protectrices des pouvoirs de l'Administration.

§ I. — *Le domaine des droits de la défense.*

En principe, le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration le privilège de ne pas entendre les intéressés avant de prendre des décisions faisant grief les concernant. La procédure administrative non contentieuse ne revêt pas un caractère contradictoire. *Il en est ainsi même lorsque les administrés sont visés par des mesures de police.* Le Conseil d'Etat s'exprime généralement en ces termes : « l'arrêté incriminé... a présenté le caractère d'une mesure de police édictée afin de préserver l'ordre, la salubrité et la moralité publiques ; en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prescrivant à l'autorité administrative de provoquer les

---

(13) V. Rivero, *A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui,* Mélanges Savatier, Dalloz, 1965, p. 827-828.

(14) Georges Morange, *Le principe des droits de la défense devant l'Administration active,* D. 1956, Chr., p. 121 ; v. également la thèse de Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse, op. cit.,* p. 386 et suiv.

observations des intéressés sur les résultats de l'enquête, les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'arrêté contesté n'aurait dû être pris qu'après qu'elles auraient été mises à même de présenter leurs moyens de défense » (15). Autrement dit, lorsque l'Administration prend une mesure individuelle préventive, motivée par l'intérêt général, la personne frappée par ladite mesure n'a pas à être mise à même de présenter sa défense. Il convient d'insister sur la protection des prérogatives de l'Administration réalisée par le Conseil d'Etat qui sous-entend donc que l'administrateur a agi raisonnablement et en pleine connaissance de cause sans avoir au préalable divulgué ses intentions et s'être mis en rapport avec les intéressés.

Ce n'est qu'exceptionnellement que l'Administration sera tenue de respecter une procédure contradictoire. Il en sera ainsi « lorsque la mesure à intervenir présente le caractère d'un sanction ou, à tout le moins, participe de ce caractère » (16).

Cette jurisprudence ne laisse point de soulever la critique — et la doctrine s'en est souvent fait l'écho.

D'abord le Conseil d'Etat se réfère à une distinction assez arbitraire entre mesures de police et sanctions. On la fonde généralement sur le caractère préventif des premières qu'on oppose à la nature répressive des secondes — mais les interférences ne sont pas rares entre ces deux objectifs qui, loin de s'exclure, peuvent se combiner. La mesure de police sera animée d'une intention répressive si elle n'est plus motivée par un trouble, voire par une menace de trouble à l'ordre public (17). Elle confine alors à la sanction et il est bien difficile de les distinguer. Le Conseil d'Etat opérera une qualification qui se révèle souvent peu fondée ; sa position dans l'affaire Guilleminot est révélatrice (18) : la fermeture d'un débit de boissons, pour le motif que, dans les conditions de son exploitation, il constituait un lieu de débauche, n'est qu'une mesure de police ; cependant, les deux éléments de toute sanction

---

(15) C.E., 11 décembre 1946, dames Hubco et Crepelle, p. 300 ; sur cette question on peut consulter la thèse de M. Castagne, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, L.G.D.J., 1964.

(16) Concl. Letourneur sur C.E., 28 mai 1954, Barel, Rec. p. 308.

(17) Cf. C.E., 25 octobre 1946, Charpin, G.P. 1947, I, 73 (fermeture définitive d'un débit de boissons) ; C.E., 14 novembre 1960, Rosello, D. 1961, 85 (mutation fondée sur le décret du 17 mars 1950 mais décidée longtemps après la disparition du péril redouté).

(18) C.E., 20 janvier 1954, Rec. p. 40 ; v. aussi C.E., 16 décembre 1955, dame Bourokba, D. 1956, p. 392, note Drago.

étaient bien réunis : un comportement répréhensible et la volonté de le sanctionner. De même pourraient être légitimement qualifiées de sanctions les mesures de police portant atteinte à une situation individuelle et se fondant sur le comportement personnel considéré comme fâcheux, voire fautif, de leur auteur (19). En ce sens, il n'y a pas une très grande différence entre le retrait d'agrément donné au directeur d'un établissement anti-tuberculeux considéré comme une sanction et la fermeture de son établissement, simple mesure de police (20). Ce sont donc les *motifs* retenus qui, dans chaque affaire, permettront d'en déduire la nature de la décision administrative considérée. En pratique, lorsque la mesure aura été motivée par l'intérêt du service, le Conseil d'Etat considérera que l'Administration n'avait pas à mettre la personne concernée à même de discuter la mesure qui lui a été appliquée, quelle que soit, du reste, sa gravité.

Ainsi, les frontières sont-elles très incertaines entre mesures de police et sanctions (21) et le danger est grand de voir l'autorité administrative prendre, sous le couvert de mesure de police, de véritables sanctions. Dès lors, c'est le principe même de la différenciation jurisprudentielle qui doit être remis en cause ; ainsi que l'a souligné M. Mourgeon (22), en droit administratif comme en droit pénal, toute sanction revêt un double caractère préventif et répressif. Les sanctions ne sont pas étrangères — tant s'en faut — à l'ordre public. Par ailleurs, de nombreuses mesures de police, on l'a vu, ont un caractère répressif. Il n'existe pas d'acte pur : il n'y a que des mesures mixtes et « c'est parce que (les mesures de police) punissent d'abord qu'elles débouchent sur le maintien de l'ordre » (23).

De cette incertitude, la jurisprudence tirera parti pour protéger les prérogatives de l'Administration en étendant le domaine des

---

(19) V. en ce sens les conclusions de M. Braibant sur C.E., 8 janvier 1960, deux arrêts, Sten Rohmn, sieur Faist, R.D.P. 1960, p. 333. Du reste, le Tribunal administratif de Strasbourg avait qualifié ces mesures de sanctions.

(20) C.E., 12 juin 1959, Min. de la Santé publique c. sieur Prat Flottes, Rec. p. 361 ; dans le même sens, C.E., 26 février 1971, sieur Roze, Rec. p. 165.

(21) Les distinctions opérées par le Conseil d'Etat sont parfois byzantines : la suspension définitive du permis de conduire est considérée comme une sanction devant être précédée d'une procédure contradictoire (C.E., 25 janvier 1957, Forestier, Rec. p. 60), à la différence de la suppression provisoire, simple mesure de police (même arrêt).

(22) Jacques Mourgeon, *La répression administrative,* Th. Toulouse, L.G.D.J., 1969, p. 109 et suiv.

(23) *Ibid.*, p. 113.

mesures de police : c'est ainsi qu'il a été jugé — et l'exemple nous paraît révélateur — que la remise d'un fonctionnaire à la disposition de son administration d'origine n'ouvre pas droit aux garanties statutaires lorsqu'elle est la conséquence d'une mesure d'éloignement ordonnée par l'autorité de police (24).

Pareillement, les mesures privatives de liberté prises en Algérie au titre de la loi du 3 avril 1955 puis du décret du 17 mars 1956 n'ont pas été considérées comme des sanctions mais comme de simples mesures de police destinées à préserver l'ordre public (25). Et cependant, dans l'affaire Zaquin, l'internement dans les camps dénommés « centres d'hébergement » avait été motivé par le fait que « l'activité de l'intéressé s'avérait dangereuse pour la sécurité et l'ordre public ». Il nous semble possible d'affirmer qu'en ces cas le juge est guidé par des considérations de politique jurisprudentielle favorables à l'Administration : il veut essentiellement éviter de prolonger l'attente avant le prononcé des mesures individuelles de police en n'obligeant pas l'autorité compétente à recourir à la procédure contradictoire. En réalité, remarque M. Weil, « tout se passe souvent comme si le Conseil d'Etat qualifiait de sanctions celles des mesures qu'il veut soumettre au respect des droits de la défense et de mesures de police celles qu'il entend y soustraire » (26).

Dès lors, on peut se demander s'il est heureux que l'Administration ne soit pas obligée de suivre une procédure contradictoire préalablement à l'édiction d'une mesure individuelle de police. On peut en douter. De semblables décisions affectent souvent la vie privée des citoyens : retirer un permis de stationnement (27) ou une autorisation de place sur un marché (28), ordonner la fermeture administrative d'un débit de boissons (29), décider la démolition d'un immeuble menaçant ruine (30) ne sont pas sans inci-

---

(24) C.E., 21 juin 1965, Smir, Rec. p. 421 ; pour des arrêts récents, v. à propos de la dissolution du groupement « Jeunesse communiste révolutionnaire », C.E., 21 juillet 1970, sieurs Alain Krivine et Pierre Franck, A.J.D.A., 1970, I, 616, Chr. Labetoulle et Cabanes, p. 607 ; dans le même sens C.E., 13 janvier 1971, Geismar, Rec. p. 31.

(25) C.E., 16 décembre 1955, dame Bourokba, précité ; C.E., 7 mars 1958, Zaquin, Rec. p. 150 V. *supra*, p. 111 et suiv.

(26) P. Weil, *Le Conseil d'Etat : politique jurisprudentielle...*, art. cit., p. 285.

(27) C.E., 15 mai 1936, Belot, D.P. 1937, III, 1, note Waline.

(28) C.E., 14 juin 1961, dame Grajear, A.J.D.A., 1961, p. 555 ; C.E., 13 juillet 1963, Ville d'Alès, R.D.P. 1963, p. 1216, note Auby.

(29) C.E., 15 mars 1961, Laurent, A.J.D.A., 1961, II, p. 485.

(30) C.E., 4 novembre 1959, Ahmed Mantouche, A.J.D.A., 1960, II, p. 19.

dences sur les droits et libertés des particuliers. Aussi une certaine partie de la doctrine considère-t-elle que la mesure individuelle de police est principalement répressive et qu'elle peut être qualifiée de sanction (31) — ce qui est notamment le cas pour l'internement administratif. Il est fort regrettable que le Conseil d'Etat n'ait pas obligé l'Administration à suivre une procédure contradictoire en ce domaine comme dans celui des sanctions *stricto sensu*. Il conviendrait de lutter contre ce secret qui entoure la prise de décision surtout lorsque les mesures prises par les autorités administratives risquent d'atteindre un individu dans ses droits et libertés. Le secret, sauf cas très exceptionnels (32), devrait être banni de la vie administrative et on peut regretter que le Conseil d'Etat ne s'y emploie pas plus efficacement.

Mais le Conseil d'Etat paraît désormais retenir une solution plus nuancée et fait application du principe « *audi alteram partem* » à à toutes les mesures graves visant un individu (33). Il a été jugé que l'Administration devait respecter une procédure contradictoire avant l'exercice de son pouvoir général de police sur les locaux où sont installés les services publics eu égard aux motifs et à la gravité des conséquences de la décision prise (34). On peut rapprocher cette solution de la jurisprudence relative à la communication du dossier qui est obligatoire au profit des agents de l'Administra-

---

(31) En ce sens v. Mourgeon, *La répression administrative, op. cit.*, p. 161, note 339. Ainsi dans l'arrêt Ville d'Alès précité, le Conseil d'Etat qualifie de mesure de police l'exclusion d'un marché frappant un individu qui avait provoqué des désordres et enfreint la réglementation. Il y avait, en réalité, sanction administrative.

(32) Ainsi lorsqu'il y a urgence.

(33) C.E., 22 mars 1963, département de la Seine c. delle Lorée, R.D.P., 1963, p. 186.

(34) En l'espèce, un arrêté préfectoral avait interdit à la secrétaire du groupement professionnel des médecins de la maison départementale de Nanterre l'accès aux locaux où elle exerçait ses fonctions. Le Conseil d'Etat a décidé : « Considérant que si la décision précitée a été prise par le Préfet de Police dans l'exercice de son pouvoir général de police sur les locaux dans lesquels sont installés les services placés sous son autorité... il résulte des pièces versées au dossier que cette mesure a été motivée par le fait que la Delle Lorée s'était livrée... dans les locaux de l'établissement dont s'agit à des actes de propagande politique... ; que la mesure susmentionnée, eu égard à ses motifs et à la gravité de ses conséquences pour la Delle Lorée, ne pouvait légalement intervenir sans que l'intéressée ait été mise à même de discuter les griefs relevés à son encontre. »

Dans le même sens, et à propos d'une société d'H.L.M. V. C.E., 24 avril 1964, Sté anonyme coopérative d'habitation à bon marché de Vichy-Cusset-Bellerive, Rec. p. 244).

tion, avant toute décision prise pour des motifs relatifs à leur personne (35).

Ainsi les mesures individuelles de police ne sont plus en tant que telles exclues du régime de la procédure contradictoire. On ne peut que souhaiter l'extension de ce courant jurisprudentiel à l'ensemble de ces mesures.

§ II. — *Le contenu des droits de la défense.*

Il n'est point dans notre propos de revenir sur les principes généraux du droit concernant l'application de la règle « *audi alteram partem* » et dont la célébrité de certains arrêts témoigne (36). La reconnaissance prétorienne de ces principes reflète incontestablement le souci de libéralisme de la juridiction administrative suprême. Par contre, celle-ci réduit parfois leur portée. En effet, même s'il y a sanction, le Conseil d'Etat restreint les obligations des autorités publiques. D'abord l'Administration n'est tenue de communiquer que les seuls griefs déterminants, « l'essentiel des griefs », selon la propre expression de la haute juridiction (37). La communication, du reste, peut être aussi bien verbale qu'écrite (38). Par ailleurs, l'Administration peut légalement refuser la confrontation de l'intéressé avec les témoins à charge (39) et M. Morange de critiquer cette jurisprudence car une semblable confrontation aurait pu être décisive pour la manifestation de la vérité (40). Ensuite les formes et délais de la procédure sont assouplis au profit de l'Administration : généralement le particulier ne pourra produire ses arguments que dans un seul mémoire qui sera communiqué aux organismes chargés du pouvoir de décision ; parfois même sa réponse immédiate sera exigée : ainsi lors de la comparution devant un organisme disciplinaire lorsque la discus-

---

(35) C.E., 23 octobre 1964, d'Oriano, R.D.P. 1965, p. 282, Concl. Bernard ; C.E., 26 octobre 1966, sieur Vannuxem, Rec. p. 567. Sur cette question, v. J.-L. de Corail, *La distinction entre mesure disciplinaire et mesure hiérarchique dans le droit de la fonction publique*, A.J.D.A., 1967, II, 3 et note H. Maisl sous C.E., 3 décembre 1971, sieur Branger, A.J.D.A., 1972, II, 114.

(36) C.E., 5 mai 1944, dame Vve Trompier-Gravier, G.A., p. 272 ; C.E., 26 octobre 1945, Aramu, Rec. p. 43, etc.

(37) C.E., 1er avril 1955, Godfroy, Rec. p. 197.

(38) C.E., 7 janvier 1955, « La Chaumière des Pastourelles » et delle Lebrun, Rec. p. 11.

(39) C.E., 11 mai 1955, Liess, cité par M. Morange, Chr. préc., p. 124.

(40) *Eod. loc.*

sion des griefs n'exigera aucune recherche (41) ; autrement un délai de trois jours a pu être considéré suffisant (42).

Au total, le contenu des droits de la défense est beaucoup moins riche devant l'Administration active que durant l'instance juridictionnelle. En effet, il est admis, dans le cadre de la procédure contentieuse, que tous les intéressés doivent bénéficier de l'ensemble des garanties que leur offre un débat contradictoire (43). Spécialement, ils ont le droit de prendre connaissance de toutes les pièces du dossier soumis au juge qu'elles aient été communiquées par les parties ou par les administrations consultées. En fait, le droit de prendre connaissance de ces pièces a une valeur pratique considérable à cause du caractère écrit de la procédure, notamment. La transposition de ces règles n'est donc pas totale dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse. Mais, sans doute, est-ce là, ainsi que le soulignait M. Morange (44), une nécessité tenant aux impératifs de la vie administrative.

SECTION III. — LA DECISION ADMINISTRATIVE N'A PAS A ETRE MOTIVEE.

La non motivation des décisions administratives est un principe général de la procédure administrative non contentieuse ; exceptionnellement cependant, le Conseil d'Etat se reconnaît le pouvoir de demander à l'Administration les motifs d'une décision.

§ I. — *L'Administration n'est pas tenue de motiver ses décisions.*

« Récemment, un arrêt du Conseil d'Etat nous apprenait, sans le moins du monde invoquer les circonstances exceptionnelles, que l'Administration peut refuser un passeport à un français sans lui faire connaître les motifs de cette décision et que son refus ne peut être annulé qu'autant que l'intéressé établit (car la charge de la preuve lui incombe) que les motifs de la décision dont il se plaint sont inexacts en fait et en droit — alors que précisément il doit

(41) C.E., 6 janvier 1950, Brevié, Rec. p. 6.
(42) C.E., 21 janvier 1955, Muller, Rec. p. 41.
(43) R. Odent, *Les droits de la défense,* E.D.C.E., 1953, p. 56.
(44) Chr. précitée, p. 125.

les ignorer » (45). M. Vedel souligne bien dans ces quelques lignes l'excessive protection accordée à l'Administration par le Conseil d'Etat qui lui permet de ne pas motiver ses décisions et stigmatise les dangers qui découlent d'une telle orientation jurisprudentielle (46). Cette jurisprudence procède d'une interprétation restrictive des textes imposant la motivation. Ces textes sont considérés comme étant d'exception ; aussi leur application est-elle strictement délimitée. Ainsi l'article 431 du statut général de la fonction publique précise que les sanctions disciplinaires doivent être motivées. Mais le Conseil d'Etat considère que cette protection n'est pas assurée à l'égard des membres des corps non soumis au statut général (47). En outre, la notion de sanction incluse dans ledit article est d'interprétation très stricte ; selon le juge suprême « aucun principe de la procédure disciplinaire n'impose que les décisions de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire doivent être motivées. » (48).

Cette interprétation restrictive des textes prévoyant la motivation ne s'imposait nullement. Au fond, le Conseil d'Etat paraît porté à croire que l'Administration agit raisonnablement, que l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions ne peut prendre de décision que pour des motifs raisonnables. Cette présomption gratuite « ne paraît découler d'aucune exigence logique » (49). Il eut été beaucoup plus satisfaisant de considérer ces textes comme l'application du principe général *audi alteram partem* alors que le juge en restreint la portée : ce principe se réduit comme une peau de chagrin alors qu'il « paraissait mériter de la part du juge la même prise en considération que le principe du caractère contradictoire de la procédure préalable à toute sanction, ou encore que le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir » (50).

---

(45) G. Vedel, *L'inexpérience constitutionnelle de la France*, La Nef, n° spécial 1961 ; et du même auteur, *Psychopathologie de la vie administrative*, « Le Monde », 16 et 17 janvier 1972.

(46) Jurisprudence constante : C.E., 10 février 1950, Muller, Rec. p. 90 ; C.E., 21 décembre 1960, Serra, D. 1961, p. 421, note Chapus ; C.E., 18 décembre 1970, dame Derrier, Rec. p. 907.

(47) C.E., 13 juillet 1967, Min. de l'Education nationale c. sieur Puy, Rec. p. 331.

(48) C.E., 13 octobre 1967, Min. des Armées c. sieur Doh, A.J.D.A., 1968, p. 302.

(49) J. Rivero, *Le système français...*, art. cit., p. 84.

(50) *Eod. loc.*

En effet, même dans les domaines où la règle jurisprudentielle est la plus critiquable et où elle comporte les plus graves dangers, elle est maintenue par le juge suprême. Prenons un exemple caractéristique, tel celui qui est fourni par l'arrêt Delahaye (51) : l'affaire concernait l'inscription des médecins sur les listes départementales de notoriété ; le Conseil d'Etat a considéré « qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires contraires, les décisions des commissions administratives paritaires en matière d'inscription sur la liste de notoriété n'ont pas à comporter l'indication des motifs sur lesquels elles sont fondées ». Une telle solution n'est pas sans inconvénients ainsi que M. Braibant, commissaire du gouvernement, l'avait laissé pressentir. La motivation serait d'abord une garantie du bon fonctionnement des commissions et de leur impartialité ; ensuite elle permettrait aux intéressés, à l'Administration et au juge de savoir dans quelles conditions et pour quelles raisons la commission s'est prononcée dans un sens ou dans un autre : l'Administration n'a, en effet, qu'un représentant au sein de ces commissions et les dossiers ne comprennent généralement que les pièces produites par l'intéressé. Malgré ces inconvénients, le commissaire du gouvernement avait demandé et obtenu de la Haute Assemblée qu'elle maintînt le principe de la non-motivation : « Selon une jurisprudence ancienne, abondante et constante, les actes administratifs, à la différence des actes juridictionnels, ne doivent être motivés que lorsque un texte l'exige expressément. Cette règle vise tous les actes, quelle que soit leur gravité, et toutes les autorités, quelle que soit leur nature. » (52). On sent bien, à la lecture de ce passage, que c'est le poids de l'héritage jurisprudentiel qui a infléchi la pensée du commissaire : celui-ci n'était cependant pas, au fond, pleinement satisfait de la solution qu'il présentait. Aussi une analyse théorique le conduisait-elle à proposer au Conseil d'Etat d'adopter, dans un premier temps le principe de motivation à l'égard des mesures exigeant une procédure contradictoire ; autrement dit, l'obligation de motivation devrait s'appliquer à tous les actes soumis au respect des droits de la défense.

Comment fonder cette jurisprudence traditionnelle si ce n'est par la volonté de faciliter l'action administrative ; M. Gentot soulignait

---

(51) C.E., 24 avril 1964, Delahaye, S. 1964, p. 172, note Bing, Dr. Soc. 1964, p. 441, concl. Braibant.

(52) *Eod. loc.*

récemment que cette solution répondait à de légitimes soucis : « Ne pas enserrer l'activité administrative dans un carcan d'obligations trop strictes, ne pas alourdir la procédure d'élaboration d'une décision, ne pas multiplier les occasions d'annulation pour vice de forme. » (53). Ces avantages sont certains pour l'Administration ; mais les inconvénients à l'égard des administrés sont d'un tout autre poids : les intéressés, ignorant les motifs d'un acte administratif, se voient souvent dans l'impossibilité de l'attaquer en se fondant sur un moyen tiré de leur illégalité.

Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il apporté une exception à ce principe dans un domaine où les droits des particuliers méritaient une protection toute spéciale : en effet, dans le cadre du remembrement foncier, il a obligé les commissions départementales à motiver leurs décisions (54). Le juge y a été essentiellement conduit par le caractère parajuridictionnel de ces organismes, tant du fait de leur composition que de leurs attributions ou de la procédure suivie. Certes les commissions ne sont pas des juridictions, mais de l'ensemble des dispositions législatives les concernant, il ressort une « atmophère juridictionnelle » (55). Par ailleurs, le législateur — en mettant les intéressés à même de présenter leurs observations — a voulu entourer du maximum de garanties les opérations de remembrement qui affectent le droit qualifié le plus absolu par le Code civil. Aussi le Conseil d'Etat, se fondant sur les intentions implicites du législateur, a-t-il imposé la motivation des décisions susmentionnées en ces termes : « Considérant qu'il résulte tant de la composition de la commission départementale et des règles de son fonctionnement que des garanties expressément accordées par la loi précitée... que le législateur a entendu imposer à ladite commission l'obligation de motiver ses décisions, afin notamment de permettre au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier si les prescriptions et les interdictions contenues dans la loi ont été respectées. » Cependant, étant exceptionnelle, cette jurisprudence a un domaine très limité : ainsi, lesdites commissions ne sont pas tenues

---

(53) Concl. sur C.E., Ass. 27 novembre 1970, agence Marseille-Fret, Cie générale transatlantique et autres, citées *in* Chr. Labetoulle et Cabanes, A.J.D.A., 1971, I, 150.

(54) C.E., 27 janvier 1950, Billard, S. 1950, III, 41, Concl. Letourneur ; C.E., 23 novembre 1960, Min. de l'Agriculture c. sieur Charrue.

(55) Concl. Letourneur précitées, p. 42. Or, statuant en cassation, le Conseil d'Etat impose aux juridictions relevant de son contrôle l'obligation de motiver leurs sentences.

de motiver les « notifications » des décisions qu'elles adressent aux intéressés (56).

Récemment le Conseil d'Etat a introduit une seconde exception fort remarquée au principe de non motivation — mais sa portée paraît actuellement très réduite (57). Avant de souligner l'intérêt de la solution jurisprudentielle, il convient de rappeler les faits de l'espèce. Un groupement des armements français, reliant les lignes maritimes de la France à l'Algérie, avait été créé par un décret du 23 juin 1967 en vue de fixer les droits de chaque armement dans l'exploitation du trafic de la desserte. Ledit groupement devait statuer à l'unanimité, faute de quoi il était dessaisi au profit d'une commission composée de trois personnalités indépendantes ; c'est justement l'une des décisions de cette commission qui était déférée au Conseil d'Etat. Celui-ci a considéré « qu'eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme professionnel auquel les pouvoirs publics ont conféré le pouvoir d'arrêter les droits de chaque armement dans l'exploitation du trafic général sur la relation France-Sud-Algérie, *les décisions prises par ladite commission permanente doivent être motivées.* » Il est à remarquer que le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, ne se réfugie plus derrière la volonté tacite du législateur pour fonder l'obligation de motivation qui s'impose à la commission. C'est de lui-même qu'il a posé cette règle. Mais ce n'est nullement un principe général de motivation des décisions administratives qui est retenu par l'Assemblée (58) ; ce n'est même pas — comme le demandait le commissaire du gouvernement M. Gentot — une obligation de motivation qui peserait sur tous les organismes professionnels collégiaux — ce qui, pourtant, aurait été fort souhaitable car on ne peut reconstituer *a posteriori* la mosaïque des motifs qui ont guidé les membres d'une commission (59). En réalité, c'est une solution d'espèce

---

(56) C.E., 1er juin 1960, Delle Aimée Paillard, sur cette question, v. J.-M. Schmerber, *Remembrement rural et réorganisation foncière*, J.C.A., fasc. 355, nos 142 et suiv.

(57) C.E. Ass., 27 novembre 1970, Agence Marseille-Fret, Cie générale transatlantique et autres, A.J.D.A., 1971, II, p. 44 ; J.C.P. 1971, II, 16757, note Moderne ; Dr. Soc. 1971, p. 344, note Pacteau ; cf. également Sabourin, *Mission de service public, prérogatives de puissance publique et notion d'autorité administrative*, J.C.P. 1971, II, 2407.

(58) Le principe de non motivation demeure : C.E. 18 décembre 1970, dame Derrier, Rec. p. 907.

(59) V. Concl. Gentot citées par Labetoulle et Cabanes, art. cit., p. 152 : « Si l'organisme collectif n'exprime pas ses motifs en prenant sa décision rien ne permettra plus de les faire apparaître par la suite, ni même d'être assuré qu'ils ont jamais existé, qu'ils n'ont jamais constitué autre chose que

qui est retenue par la Haute Juridiction : on a pu très justement noter que le considérant en cause n'avait rien d'un considérant de principe (60) ; c'est eu égard à la nature très particulière de l'organisme concerné que le Conseil d'Etat a imposé une obligation de motivation.

On peut regretter que le Conseil d'Etat ait retenu un semblable fondement pour limiter la portée de la motivation. Sur ce point, la Haute Juridiction aurait pu s'inspirer avantageusement des solutions retenues par l'Ombudsman suédois (61) qui considère que les décisions administratives doivent être motivées si « la nature de l'affaire l'exige ». Pour ce faire, le contrôleur parlementaire de l'Administration distingue trois catégories de décisions : les décisions de gestion administrative, d'abord, concernant les rapports internes à l'Administration et qui n'ont pas à être motivées ; ensuite les décisions qui, tout en concernant un particulier, « lui accordent une faveur ou se terminent d'une autre manière à son avantage » : celles-ci, non plus, ne doivent pas, en principe, être motivées sauf si la décision a une influence sur la situation juridique d'un autre administré. Enfin doivent être obligatoirement motivées les décisions qui sont contraires au requérant, sauf si l'Administration a compétence totalement liée (62) ; la motivation doit, en Suède du moins, être préalable, c'est-à-dire mentionnée en dehors de toute demande d'information des administrés. D'autres exemples étrangers sont également révélateurs. Ainsi, en Allemagne, le Cour constitutionnelle fédérale exige que les décisions administratives soient motivées dès lors que les droits d'un citoyen ont été lésés. De même, en Italie, toutes les décisions portant octroi d'autorisation doivent être motivées dès lors qu'elles sacrifient des droits subjectifs (63). Les avantages de semblables solutions sont

---

l'addition des motivations individuelles, éventuellement contradictoires, de ceux qui ont participé à l'élaboration de la décision... dès lors les intérêts des administrés et ceux de l'Administration elle-même commandent que les organismes collectifs soient astreints à faire connaître leurs motifs, ou éventuellement à les consigner dans un procès-verbal. »

(60) Chr. Labetoulle et Cabanes, préc. p. 152.

(61) V. André Legrand, *L'Ombudsman scandinave* (études comparées sur le contrôle de l'Administration), Th. Paris, L.G.D.J., 1970, p. 411.

(62) Il en sera ainsi, par exemple, lorsque l'Administration prendra une décision faisant application d'un tarif.

(63) Sur cette question, v. Céline Wiener, *La motivation des décisions économiques en droit comparé*, Rev. internationale de droit comparé, 1969, p. 778. Egalement Fischer, E.D.C.E., 1971, art. cit., p. 39 et suiv. ; Potenza, *Eod. loc.*, p. 94.

certains : garantir l'examen sérieux et objectif des juges ou du contrôleur ; permettre au particulier d'apprécier l'opportunité d'un éventuel recours en lui facilitant la découverte des arguments susceptibles d'être invoqués ; renforcer la sécurité juridique en donnant un contenu clair et précis aux diverses règles de droit ; garantir l'application uniforme de la loi — en ce sens la motivation a une valeur « pédagogique » à l'égard des autorités administratives inférieures. Tous avantages qui, confondus, permettraient de renforcer la confiance du public en l'objectivité de l'Administration.

Mais de telles perspectives sont, pour notre contentieux, sinon problématiques du moins lointaines. L'attitude du juge administratif français correspond au souci de protéger le secret dans la préparation des décisions administratives : lorsque l'Administration élabore une décision, elle veut le faire seule, sans engager le dialogue avec les administrés intéressés, sans leur révéler les causes de ses actes (64). Attitude très marquée dans les services des administrations de gestion traditionnelles. Certes il est des commissions consultatives qui sont parfois associées à la prise de décision et qui en connaissent les motifs, surtout en matière économique où l'Administration veut se concilier *a priori* la bonne volonté des intéressés. Mais il n'en reste pas moins que l'Administration veille le plus souvent fort jalousement sur le secret préalable à la prise de décision : la représentativité des commissions susmentionnées est souvent très faible et l'Administration se soucie plus de recevoir des avis de bonne qualité que de dévoiler ses motivations les plus profondes. Par ce biais, elle cherche plus à être éclairée qu'à informer ses partenaires. Aussi « jusqu'à l'intervention du juge — si elle se produit — l'administré subit la décision ; il est vis-à-vis d'elle en situation de sujet » (65). Mais le Conseil d'Etat, quant à lui, ne veut pas pareillement subir la décision et il s'est réservé la prérogative de demander à l'Administration de lui en fournir les motifs.

§ II. — *Le Conseil d'Etat peut demander à l'Administration de lui donner les motifs de sa décision.*

L'intervention du juge de l'excès de pouvoir peut, sous certaines conditions, entraîner un renversement de la charge de la preuve

---

(64) J. Rivero, *Le système français...*, art. cit., p. 821.
(65) *Eod. loc.*

et l'Administration peut se voir amenée à expliciter la motivation de ses décisions.

Dans le célèbre arrêt Barel (66), le Conseil d'Etat a estimé qu'il avait « le pouvoir... d'exiger de l'Administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants. » Autrement dit, le juge peut demander à l'Administration communication des pièces, rapports et documents au vu desquels les décisions attaquées ont été prises (67). L'administration doit toujours le mettre à même de vérifier l'exactitude des faits sur lesquels reposent les motifs invoqués. Par ce biais, le juge de l'excès de pouvoir est à même « d'apprécier si les prescriptions ou les interdictions contenues dans la loi ont été respectées » (68).

Récemment, le Conseil d'Etat a transposé ce principe jurisprudentiel dans le cadre du contentieux économique où il a même poussé plus avant son contrôle. Tel est l'apport de l'arrêt Société « Maison Genestal » (69). En l'espèce, l'Administration n'avait fourni, au cours de l'instruction, que des réponses très générales et vagues aux moyens développés par le requérant. Le Conseil d'Etat a demandé au ministre compétent de donner directement au Tribunal administratif « les raisons de fait et de droit » qui ont motivé sa décision, alors même que le requérant n'apportait aucun commencement de preuve de nature à faire naître, dans l'esprit du juge, un doute sérieux sur la légalité de l'acte attaqué.

Il convient cependant de souligner les faiblesses et les limites de cette jurisprudence. D'abord, l'obligation de révélation des motifs qui pèse sur l'Administration n'existe que dans les rapports de celle-ci avec le juge et nullement à l'égard des particuliers. Donc l'Administration ne sera obligée de fournir les motifs de sa décision que si naît un contentieux, ce qui, après tout, n'est qu'exceptionnel. A la limite, on peut se demander si le juge suprême ne tient pas tant à se protéger contre la mauvaise foi de l'Administration (70) qu'à en protéger les particuliers. En effet, cette obliga-

---

(66) C.E., 28 mai 1954, Grange, Rec. p. 308 et Concl. M. Letourneur, G.A., p. 412.

(67) Pour des arrêts récents, v. C.E., 21 juillet 1970, Parent, Rec. p. 1153 ; C.E., 13 janvier 1971, Commune de Pouligny-Notre-Dame, Rec. p. 41.

(68) Concl. Chardeau sur C.E., 30 janvier 1959, Grange, Rec. p. 85.

(69) C.E., 26 janvier 1968, Rec. p. 62, Concl. Bertrand et G.A., p. 529.

(70) M. Letourneur avait rappelé dans ses conclusions l'attitude de l'Administration qui ne pouvait qu'irriter le Conseil d'Etat : « En réponse à la communication qui lui a été faite des pourvois, le Secrétaire d'Etat à la Présidence du Conseil s'est borné à alléguer qu'il avait agi en vertu de son

tion n'existe que si le juge décide de la faire jouer. Par ailleurs, cette communication a un contenu variable dont le Conseil d'Etat fixera lui-même la teneur en fonction de sa volonté de pousser plus ou moins loin son contrôle : le juge exigera moins de l'Administration s'il contrôle seulement l'exactitude des motifs que s'il en vient à apprécier leur qualification juridique (71).

En tout état de cause, cette jurisprudence recèle en elle-même ses propres insuffisances. Elle n'est qu'un palliatif aléatoire à la règle de non-motivation. En effet, d'une part, la révélation des motifs au cours de l'instance n'est souvent pas efficiente car « il est dans la plupart des cas impossible d'examiner si ces motifs donnés *a posteriori* étaient déterminants au moment où la décision a été prise » (72). D'autre part, l'Administration pourra se dérober à la demande qui lui est faite en invoquant l'existence d'un secret de la Défense nationale (73). En effet, seules les juridictions répressives chargées de punir ceux qui ont divulgué de tels secrets peuvent avoir à en connaître. Le juge administratif ne peut, quant à lui, obtenir communication de documents relatifs à ces secrets et encore moins les transmettre à la partie adverse, contrairement aux principes posés par la jurisprudence Barel (74). Nous voyons que l'impact de la non-communication des secrets de la Défense est considérable dans la mesure où il fait totalement disparaître le caractère contradictoire de la procédure. Or si la protection des prérogatives de l'Administration est bien nécessaire en ce domaine, elle peut aboutir à des excès dans la mesure où c'est à l'autorité détentrice du secret de qualifier discrétionnairement ces documents. L'Administration peut donc étendre à volonté le domaine des secrets qu'elle prétend être de Défense nationale, sans contrôle réel de la part du juge. Ce dernier peut, tout au plus, demander « tous éclaircissements » nécessaires à l'autorité responsable... qui peut toujours exciper d'un secret de la Défense nationale !

---

pouvoir discrétionnaire en la matière et à nier purement et simplement que les refus d'admission à concourir qu'il avait opposés avaient été dictés par un mobile politique ; puis dans une phrase dont l'ironie n'échappera pas, après l'abstention de fournir toute explication et toute documentation il a conclu « qu'il appartient au Conseil d'Etat de rechercher parmi les pièces versées au dossier celle qui permettrait de dégager les motifs des décisions prises à l'égard des candidats évincés » (p. 313).

(71) *Ibid.*

(72) Fischer, art. cit., p. 39-40.

(73) Chaudet, *Les principes généraux..., op. cit.*, p. 437.

(74) C.E., 13 novembre 1955, Secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon, R.D.P., 1955, 995 concl. Grévisse ; C.E., 30 mars 1960, Benouali, Rec. p. 232.

La politique jurisprudentielle relative à la non-motivation des décisions administratives est très révélatrice de la philosophie du Conseil d'Etat. En effet, cette question soulève à la fois le problème des rapports de l'Administration avec l'administré et de l'Administration avec son juge.

A l'égard des administrés, la juridiction suprême maintient à la décision administrative un caractère souverain qui exclut toute connaissance des instructions des autorités publiques par les citoyens. La puissance publique agit par voie de contrainte et non de conviction.

Par contre, dans ses rapports avec l'Administration, le Conseil d'Etat protège ses propres prérogatives ; afin d'assurer une certaine efficacité à son contrôle, il se reconnaît le pouvoir de demander à l'Administration de lui communiquer les motifs de ses actes. Ainsi le juge suprême maintient son autorité sur l'Administration active.

CHAPITRE II

L'APPLICATION DE LA DECISION ADMINISTRATIVE

La décision administrative n'a d'effectivité que par l'application qui en est faite. A ce titre, elle s'inscrit dans le temps et a une certaine durée. De ce point de vue, deux questions essentielles peuvent se poser : à partir de quel moment et pendant combien de temps est-elle applicable ? sous ces deux aspects, le Conseil d'Etat facilitera l'application de la décision administrative. Aussi le présent chapitre sera-t-il divisé en deux sections.

— *Section I.* — Les facilités en commencement d'application de la décision.

— *Section II.* — Les facilités en fin d'application de la décision.

SECTION I. — LES FACILITES EN COMMENCEMENT D'APPLICATION DE LA DECISION.

Le pouvoir conféré à l'autorité administrative compétente de prendre des décisions exécutoires n'existe que corrélativement à l'obligation de les porter à la connaissance des intéressés. L'acte non réglementaire ne comporte d'effets juridiques à l'égard des administrés qu'à compter de sa notification à celui ou à ceux qui sont concernés ; la notification est le point de départ de son opposabilité. Pareillement, la publication permet de porter un acte réglementaire à la connaissance du public.

Il convient de souligner que cette distinction n'a pas une valeur absolue (1) : le Conseil d'Etat admet que la publication peut rem-

---

(1) De Laubadère, *Traité..., op. cit.*, I, p. 268.

placer la notification d'une décision non réglementaire lorsque les intéressés sont très nombreux (2) ou inconnus de l'Administration (3). Cette solution, qui tend à faciliter l'exécution de l'acte administratif, est conforme au bon sens et à l'intérêt général : dans de pareilles hypothèses, si la modification de l'acte était exigée, son opposabilité serait très tardive — ou inexistante !

Par contre la jurisprudence relative aux modalités et aux effets de la publication n'est pas aussi satisfaisante — tant s'en faut. La publication est destinée à une bonne information des administrés. Or un tel souci ne paraît pas être le fondement de toutes les compétences de l'Administration en la matière.

§ I. — *Les modalités de la publication.*

La publication est un élément essentiel dans la vie des actes réglementaires dans la mesure où elle constitue le point de départ du délai du recours pour excès de pouvoir. Aussi peut-on regretter que toutes les pratiques administratives couvertes par le Conseil d'Etat n'aillent pas toujours dans le sens de la bonne information du public concerné. Nous n'en voulons pour preuve qu'un exemple que nous tirerons de la publication afférente aux permis de construire dont le Conseil d'Etat reconnaît la validité à partir du moment où elle est effectuée dans « des locaux normalement aménagés à cet effet » ou « habituellement réservés à cet usage ». La légalité de la publicité est donc essentiellement contingente et variable selon les usages des administrations municipales intéressées. Et certains arrêts valident, de ce fait, des affichages particulièrement « confidentiels » (4) ou dans des lieux qui ne sont pas largement ouverts au public (5).

---

(2) C.E., 22 juillet 1938. Dame Poujade, Rec. p. 711 (publication de listes d'aptitude dans l'enseignement).

(3) C.E., 22 janvier 1934, Veuve Lacoste, Rec. p. 66 (délimitation du domaine public fluvial à l'égard de propriétaires non inscrits au cadastre).

(4) C.E., 25 octobre 1967, de Buyer, Req. n° 70929 : « Considérant que si l'affichage a été effectué non à l'extérieur, mais à l'intérieur des locaux où la mairie de Bonnay est installée et qui n'étaient à cette époque ouverts au public que deux jours par semaine, pendant deux heures chaque fois, cette circonstance n'est pas par elle-même de nature à entacher d'irrégularité la publication du permis de construire litigieux, dès lors qu'il n'est contesté ni que l'emplacement où l'affichage a eu lieu était celui habituellement réservé à cet usage, ni que le public avait librement accès pendant les heures d'ouverture de la mairie au local où cet emplacement est situé. »

(5) C.E., 21 avril 1967, Favier, Rec. p. 175.

Il convient de souligner le cercle vicieux dans lequel enferme une pareille jurisprudence : ce sont les « prérogatives coutumières » de l'Administration qui se transforment en instrument de référence et de validation. Dès lors, à la limite, le Conseil d'Etat ne pourra plus constater d'illégalité dans la publication si celle-ci est faite conformément aux usages des services administratifs considérés (6). Il est vrai que le Conseil d'Etat fait alors intervenir une deuxième condition de validité qui tempère les faiblesses de la première : il convient d'assurer un certain libre accès du public au lieu de la publication. Mais ne pourrait-on pas retenir ce seul élément objectif comme déterminant la mise en application d'un règlement — ce qui permettrait d'invalider des publications qui, par de multiples côtés, restent assez secrètes ?

§ II. — *Les effets de la publication.*

Par la publication, les tiers prennent connaissance de la décision administrative dont ils pourront se voir contraints de respecter les dispositions. L'acte réglementaire non publié sera-t-il, pour autant, sans valeur juridique ? Il n'en est rien. En effet, les actes administratifs ont force exécutoire dès leur émission, indépendamment des formalités postérieures de publication. Dès lors un acte administratif non publié, tel un décret, peut servir de base légale à des décisions d'exécution (7). L'absence de publicité n'atteint pas la validité de l'acte dont l'Administration peut faire application puisque son existence et sa force juridique résultent de son émission même. Mais, bien sûr, cette application n'entraîne opposabilité à l'égard des administrés que du jour où l'acte attaqué aura été publié.

---

(6) Dans le même sens, le Conseil d'Etat apprécie la validité de la publication d'arrêtés préfectoraux dans la presse locale en fonction des usages de la région (C.E., 21 octobre 1970, Min. de l'Agriculture c. consorts Cosnard, Rec. p. 920).

(7) C.E., 8 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer, S. 1914, III, 1, Concl. Helbronner, note Hauriou. Le Doyen de Toulouse a explicité cette jurisprudence : « pour comprendre cette solution, en apparence paradoxale, il faut se souvenir que le caractère exécutoire des décisions administratives intéresse surtout les agents de l'Administration, tandis que le caractère opposable intéresse le public. Dès que la décision est exécutoire, les agents de l'Administration peuvent marcher et appuyer dessus des actes d'exécution, et cela peut se faire avant que la décision ne soit opposable au public, c'est-à-dire ne soit publiée. Mais elle n'est ni opposable ni obligatoire pour le public avant d'avoir été publiée » (*Ibid.*, p. 2).

Mais quel est l'effet, à l'égard de l'Administration, d'un acte non publié ? *A priori,* il semblerait qu'ayant émis ledit acte elle se trouvât liée par lui. Et le Conseil d'Etat adopte cette solution en ce qui concerne les actes individuels qui n'ont pas été notifiés aux intéressés, car le bénéfice peut en être invoqué par eux dès la signature de l'acte (8). Mais ces principes ne sont pas applicables aux règlements. Le Conseil d'Etat considère qu'un acte réglementaire signé, mais non publié, n'est pas opposable à l'Administration, car il ne peut pas faire naître de droits au profit des tiers avant sa publication (9). Cette solution ne manque pas d'appeler des réserves : lier le sort de l'Administration aux droits des tiers n'est guère convaincant ; on comprend fort bien qu'un règlement non publié ne soit pas opposable aux tiers puisque ceux-ci n'en ont pas eu connaissance. Par contre, ce fondement ne saurait être retenu à l'égard de l'Administration : par hypothèse, celle-ci a bien connaissance du règlement considéré, puisque c'est elle qui lui a donné vie ! Aussi semblable protection, de la part du Conseil d'Etat, à l'égard de l'Administration nous semble-t-elle abusive. Sans doute — et à l'inverse — le Conseil d'Etat ferait-il mieux de généraliser la solution qu'il a émise en 1948 à propos d'une loi qui, bien que non publiée, fut considérée comme étant obligatoire pour l'Administration (10).

SECTION II. — LES FACILITES EN FIN D'APPLICATION DE LA DECISION.

Il est normalement mis fin à l'application d'une décision administrative par abrogation ou par retrait : le Conseil d'Etat facilite l'utilisation par l'Administration de l'une et l'autre procédures.

§ I. — *Les modalités de l'abrogation.*

D'abord le Conseil d'Etat concède à l'Administration le privilège de pouvoir abroger à tout moment une réglementation : en effet le juge suprême ne reconnaît aucun droit acquis au maintien d'une réglementation.

---

(8) C.E., 19 décembre 1952, delle Mattei, S. 1953, III, 38.
(9) C.E., 26 novembre 1954, delle Balthazard, D. 1955, p. 524, note Morange.
(10) C.E., 16 avril 1948, Min. de la Production industrielle, S. 1948, III, 55, 1re espèce.

Prenons un exemple caractéristique, tel celui fourni par l'affaire Vannier (11) : la R.T.F. avait cessé d'émettre sur la définition de 441 lignes, rendant ainsi inutilisables les récepteurs de télévision existants. Le Conseil d'Etat a considéré que l'Administration avait toute latitude pour le faire car « Les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service ; il appartient à l'Administration de mettre fin au fonctionnement d'un tel service lorsqu'elle l'estime nécessaire, même si un acte réglementaire antérieur a prévu que ce fonctionnement serait assuré pendant une durée déterminée à la condition toutefois que la disposition réglementaire relative à cette durée soit abrogée par une mesure de même nature émanant de l'autorité administrative compétente. » Ainsi, à tout moment, l'Administration peut mettre fin à un service public existant.

Reconnaître une semblable prérogative à l'Administration ne tient pas compte de l'intérêt des particuliers qui avaient, en effet, escompté pouvoir amortir l'achat de leur poste récepteur sur une certaine période. Il en va de même si l'autorité réglementaire dans le texte antérieur, au lieu de statuer sans indication de durée, avait déclaré se prononcer pour une période déterminée (C.E., 25 juin 1954, Syndicat national de la meunerie à seigle, D. 1955, p. 49). Il en résulte que les promesses faites par l'Administration sont dénuées de toute valeur juridique : si l'Administration peut prévoir l'application d'une réglementation pour un temps déterminé — ce qui est fréquemment le cas en matière économique — par contre, elle ne peut s'engager à en maintenir les dispositions pendant cette période (12). Le Conseil d'Etat empêche ainsi l'Administration de s'autolimiter : il la protège contre ses propres pouvoirs et lui interdit de renoncer à leur exercice.

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'Etat a assoupli considérablement la portée de la règle du parallélisme des formes. Celle-ci trouve son origine dans le principe du parallélisme des compétences qui est d'application stricte : lorsqu'un texte détermine l'autorité compétente pour édicter un acte, c'est en principe

---

(11) C.E., 27 janvier 1961, Vannier, Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz, 1961, p. 509, Concl. Kahn.

(12) Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire..., op. cit.*, p. 453. En cette optique, M. Schwartzenberg remarque très justement : « l'administrateur est trop inférieur au législateur pour échapper à une constante critique. Mais il en est aussi trop proche pour se trouver lié par ses propres actes », *L'autorité de chose décidée, op. cit.*, p. 419).

la même qui le demeure pour le modifier ou l'abroger (13). Une règle analogue s'applique en ce qui concerne les formes de l'acte contraire (C.E., 27 janvier 1956, Sté de la Maison des étudiants du Maroc, Rec., p. 41). Mais le Conseil d'Etat a atténué la rigueur des effets de ce principe (C.E., 10 avril 1959, Fourré-Cormeray, D. 1959, 210, concl. Heumann) en suivant les propositions de son commissaire du gouvernement : la règle présente un caractère obligatoire et absolu lorsque les formes sont indissociables de la compétence. Ainsi de la participation du Conseil d'Etat pour les règlements d'administration publique. Il en va différemment lorsque le respect des formes, *stricto sensu*, est seul en cause. Ainsi, les organismes qui doivent être obligatoirement consultés pour les nominations à certains postes n'ont pas à l'être lors de la révocation de leurs titulaires (14). De même, le permis de construire, qui ne peut être délivré qu'après consultation de certaines commissions et services, peut, par contre, être retiré sans procéder à nouveau à ces consultations (15). Ces solutions s'imposent car l'application stricte de la règle du parallélisme des formes pourrait conduire à un renversement des compétences contraires à la volonté du législateur et à un dérèglement des mécanismes administratifs (16). C'est donc fort logiquement que le Conseil d'Etat a décidé que le parallélisme des formes et procédures ne s'impose que si les raisons qui ont conduit le législateur à édicter des formes particulières pour l'acte inital paraissent valoir également pour l'acte contraire.

Il n'en ressort pas moins que la technique de l'acte contraire n'est guère rigoureuse (17) d'autant que certains arrêts semblent remettre purement et simplement en cause la règle du parallélisme des formes : dans l'arrêt Pilet (18) le juge suprême a reconnu qu'un décret en Conseil des Ministres avait pu valablement être modifié par un décret simple, à la double condition que le nouveau décret n'ait pas apporté de modifications aux dispositions législatives antérieures et qu'il ait été pris dans les mêmes formes que

---

(13) V. de Laubadère, *Traité..., op. cit.*, I, p. 252.

(14) C.E., 10 avril 1959, Fourré-Cormeray, préc.

(15) C.E. Ass., 29 mars 1968, Sté du lotissement de la plage de Pampelonne, Rec. p. 211.

(16) En ce sens, concl. Heumann, préc.

(17) V. Basset, *Le principe dit de « l'acte contraire » en droit administratif français*, Th. dactyl. Paris, 1967. Dans le même sens M. Schwartzenberg insiste sur « le peu de rigueur du formalisme qui entoure l'abrogation des actes particuliers générateurs de droits » (*L'autorité de chose décidée, op. cit.*, p. 366).

(18) C.E., 1er décembre 1961, A.J.D.A., 1962, I, 14, Chr., Galabert et Gentot.

les autres textes qu'il avait pour objet de compléter. Sans doute, le Conseil d'Etat a-t-il pensé que la délibération d'un texte en Conseil des Ministres était une formalité qui ne constituait pas une garantie réelle pour les intéressés... Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence manifeste bien la tendance du « juge administratif à se montrer vraiment peu exigeant en ce qui concerne le respect du parallélisme des formes. » (19). Mais, dans tous ces cas, il s'agissait d'actes individuels. Au contraire, il appert de la jurisprudence récente que la règle du parallélisme des formes s'impose à l'autorité administrative qui prend un acte réglementaire (C.E., 28 avril 1967, Féd. Nationale des syndicats pharmaceutiques A.J.D.A. 1967 p. 407 concl. Galabert).

§ II. — *Les modalités du retrait.*

Le retrait d'un acte administratif a un caractère exorbitant. Rétroactif, il s'oppose à l'abrogation qui entraîne seulement la disparition de l'acte pour l'avenir. Il peut s'analyser comme une modalité d'exercice de la compétence au titre de laquelle a été fait l'acte initial. Dès lors, lorsque le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration le droit, sous certaines conditions, de retirer ses propres décisions, il valide une prérogative de l'autorité administrative qui s'apparente au pouvoir qu'il détient, lui, en tant que juge de l'excès de pouvoir. Mais le retrait n'entraîne pas pour autant le dessaisissement du juge administratif qui en contrôle la légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Il n'est pas dans notre intention de reprendre les conditions du retrait des décisions administratives ; nous voudrions simplement montrer que le Conseil d'Etat en donne une interprétation souple qui va dans le sens de la protection des prérogatives de l'Administration.

A. — Les actes administratifs non créateurs de droits peuvent être retirés à tout moment et même s'ils sont légaux. Les règles du retrait ne s'appliquent donc qu'aux *actes créateurs de droits.* Il n'en a pas toujours été ainsi : pendant fort longtemps, ces derniers ne pouvaient pas être retirés, fussent-ils gravement illégaux (20). En cet état de la jurisprudence, le juge considérait de tels droits comme irrévocables. Cette position n'allait pas sans susciter de sérieuses critiques : en réalité, l'interdiction faite

(19) Chr. Galabert et Gentot, précitée.
(20) V. R.G. Schwartzenberg, *L'autorité de chose décidée, op. cit.*, p. 397.

à l'Administration était dangereuse non seulement pour le bon fonctionnement du service public intéressé, mais encore pour les particuliers concernés. En effet, l'Administration doit pouvoir « devancer la décision du juge en faisant spontanément disparaître une erreur, dont la prolongation provisoire aggrave les conséquences irrégulières » (21). Le retrait permet l'économie d'un recours pour excès de pouvoir. Aussi est-ce à un revirement salutaire que procéda la jurisprudence du Conseil d'Etat au début du siècle (22) en reconnaissant à l'Administration, dans de telles conditions, le droit de retirer son acte tant que l'annulation contentieuse est elle-même possible. Dès à présent il convient de remarquer qu'en reconnaissant cette prérogative de retrait au profit de l'Administration, le Conseil d'Etat protège directement les particuliers. Cette jurisprudence mérite d'être soulignée : la protection des prérogatives de l'Administration n'exclut pas toujours celle des particuliers. Ici, véritablement, cette protection renforce celle des droits et libertés des citoyens. Mais cette optique originaire ne paraît plus être au centre de la pensée du Conseil d'Etat.

Actuellement, seuls les actes non créateurs de droit (23) peuvent être retirés librement. Or le Conseil d'Etat étend assez largement cette catégorie. Ainsi en est-il des actes négatifs qui ne sauraient créer des droits, au profit des tiers, selon la jurisprudence. Pour ne reprendre que cet exemple qui nous paraît révélateur, la décision d'octroi du permis de construire crée des droits au profit de son titulaire (C.E., 20 janvier 1960, Zagame Rec. p. 35) alors que le refus dudit permis n'en crée aucun (C.E., 12 janvier 1962, sieur Canton, A.D.J.A. 1962 II 234 et concl. Combarnous). Le Conseil d'Etat ressent si bien l'instabilité de cette position qu'il la rejette dans le contentieux de la fonction publique où il admet qu'un refus de titularisation (24) ou d'inscription au tableau (25) crée des droits au profit des fonctionnaires concernés.

---

(21) Odent, *Contentieux..., op. cit.*, II, p. 774.

(22) C.E., 16 février 1912, Blanc, p. 224.

(23) Cette notion d'actes non créateurs de droit doit être bien distinguée de celle de droits acquis. Ainsi, un administré n'a aucun droit acquis au maintien d'une réglementation — ce qui signifie que celle-ci peut être abrogée librement par l'autorité compétente ; par contre, un règlement est normalement créateur de droits et son retrait est donc soumis aux conditions définies par la jurisprudence.

(24) C.E., 12 juin 1959, Syndicat chrétien du ministère de l'Industrie et du Commerce, Rec. p. 360.

(25) C.E., 29 avril 1959, Syndicat national des Administrateurs de la F.O.M., Rec. p. 273.

Par ailleurs, la protection des droits n'est peut-être plus toujours au centre de la théorie du retrait. Jadis le Conseil d'Etat s'érigeait en défenseur des droits des particuliers en proclamant que l'acte générateur des droits ne pouvait être retiré qu'à certaines conditions précisément définies. Mais la jurisprudence n'est pas immobile et suit l'évolution de l'Etat dont le rôle économique et social toujours croissant entraîne un fléchissement de l'absolutisme des droits (25 *bis*). Il faut, dès lors, changer de perspectives et examiner le retrait à la lumière des impératifs de la vie administrative. « La réalité est que quand l'Administration peut rapporter un acte, c'est tout simplement que cet acte n'a pas fait naître d'obligations en vertu du droit positif et non d'un prétendu « droit acquis » — à la charge de l'Administration, il n'a fait naître qu'une obligation révocable » (26). Le concept de droit acquis relève de l'époque libérale et n'est plus adapté à l'intervention économique actuelle. Le Conseil d'Etat, en fait — tout en faisant toujours allusion à l'ancienne notion — considérera le retrait comme légal s'il est justifié par le bon fonctionnement de l'Administration.

B. — La possibilité de retirer un acte administratif créateur de droits est liée au *délai du recours pour excès de pouvoir* contre cet acte. Cette limitation procède de la volonté du Conseil d'Etat d'enfermer les prérogatives de l'Administration dans de justes limites nécessaires à la sécurité du commerce juridique.

L'application de la règle ne souffre aucune difficulté pour les actes réglementaires dont le retrait est toujours possible (s'ils sont illégaux) dans les deux mois de leur publication. Le problème est par contre très délicat en ce qui concerne les actes individuels : dans un premier temps, le juge a considéré que leur retrait était seulement possible dans les deux mois de leur notification à l'intéressé ; mais le Conseil d'Etat, par un revirement récent de

---

(25 *bis*) G. Vlachos, *Le retrait des actes administratifs*, Rev. Adm., 1970, p. 412.

(26) *Ibid.*, p. 422. Le retrait est permis lorsqu'il est dans l'intérêt de l'Administration. V. en ce sens la jurisprudence citée par M. Vlachos et essentiellement C.E., 29 mars 1968, Manufacture française des pneumatiques Michelin. Rec. p. 215, Concl. Vught ; C.E., 29 mars 1968, Sté du lotissement de la plage de Pampelonne, Rec. p. 211 : dans cette dernière espèce, le Conseil d'Etat reconnaît au Ministre de la Construction le pouvoir d'annuler une décision préfectorale accordant un permis de construire, quoique le préfet statue en pure opportunité, si la décision de ce dernier est entachée d'erreur manifeste. Cette solution permet d'éviter à l'Administration centrale de se trouver liée par des décisions qu'elle juge inopportunes dans le cadre de la politique générale qu'elle s'efforce de suivre.

jurisprudence (27), a considéré que le délai du retrait ne commençait à courir qu'à compter de la publication de la décision. En conséquence, sauf dans les cas exceptionnels où l'acte individuel est publié, l'Administration pourra procéder à tout moment à son retrait. Il suffit donc que l'autorité administrative ne publie pas un acte individuel pour que des perspectives indéfinies de retrait s'ouvrent à elle... (28). On justifie généralement cette solution par le fait que l'acte non publié est inopposable aux tiers intéressés qui n'en ont pas eu par hypothèse connaissance et pourront de ce fait demander à tout moment l'annulation contentieuse de l'acte. Ce raisonnement n'emporte pas la conviction. En effet, si les tiers ont toute latitude pour attaquer l'acte, c'est parce qu'ils n'ont pas connu la décision incriminée. Par contre on ne saurait retenir un tel fondement à l'égard de l'Administration qui, même si elle ne procède pas à la formalité de la publication, a bien évidemment eu connaissance de cet acte dès son émission, c'est-à-dire dès sa signature — moment à partir duquel le délai du retrait devrait en réalité courir (29). Les dangers de cette interprétation jurisprudentielle sont certains dans la mesure où elle risque d'aboutir à des utilisations par trop fréquentes... et abusives de la procédure commode du retrait par l'Administration. La sécurité du commerce juridique pourrait ne plus être parfaitement assurée.

Le Conseil d'Etat l'a bien compris et a récemment limité la portée de cette jurisprudence dans un arrêt sieur Eve (30) : il a considéré que dans les matières où une décision implicite valait acceptation ou autorisation de la part de l'Administration, celle-ci ne pouvait pas en principe procéder à un retrait de cette acceptation implicite. En pareil cas, l'autorité administrative est considérée comme « dessaisie », ayant laissé s'écouler le délai au terme duquel les décisions sont réputées acquises : elle « cesse alors d'être compétente », selon les propres termes du commissaire du gouvernement (31). Le Conseil d'Etat a voulu éviter que l'Administration puisse

---

(27) C.E., 6 mai 1966, Ville de Bagneux, R.D.P., 1967, 339, Concl. Braibant ; A.J.D.A., 1966, 498.

(28) Si bien sûr cet acte est illégal.

(29) De Laubadère, *Traité..., op. cit.*, I, p. 296. Cette solution se trouve du reste en contradiction avec celle selon laquelle l'Administration se trouve liée par un acte individuel non notifié, car le bénéfice peut en être invoqué par les intéressés dès la signature (v. *supra*, p. 162).

(30) C.E., 14 novembre 1970, sieur Eve, Rec. p. 498, Concl. Bertrand, R.D.P., 1970, p. 784, note Waline.

(31) Concl. Bertrand, précitées, p. 503.

rapporter à tout moment une approbation tacite qui, par hypothèse, n'a fait l'objet d'aucune publicité.

On ne peut qu'approuver cette jurisprudence — tout en doutant de son bien fondé juridique (32), mais on ne peut également que constater les limites très étroites de son champ d'application cantonné à « des domaines où les prérogatives de l'Administration se réduisent à un pouvoir de tutelle ou se heurtent, comme en matière de permis de construire, d'autorisation de lotissement et même d'autorisation de cumul d'exploitations agricoles (32 *bis*), à ce qui reste de la protection jadis accordée à la propriété immobilière » (32 *ter*). Par ailleurs, dans un arrêt récent Sieur Nordmann (33), le Conseil d'Etat a précisé que la jurisprudence Ville de Bagneux n'était pas applicable lorsque la décision litigieuse a été notifiée à la seule personne qui pouvait l'attaquer. Cette jurisprudence se fonde sur l'évidence ; il convient de ne pas attendre la publication d'un acte... qui ne sera jamais soumis à cette formalité !

C. — Enfin, par principe, ne peuvent être retirées, si elles sont créatrices de droits, que les *décisions administratives illégales*. Mais cette règle souffre deux séries d'exceptions reconnaissant à l'Administration le droit de retirer des décisions légales dans l'intérêt du service public.

D'abord, l'Administration a la possibilité de retirer une décision non réglementaire légale, lorsque ce retrait est opéré à la demande de la personne au profit de laquelle étaient nés des droits. Ainsi en est-il pour le retrait des sanctions disciplinaires (C.E., 9 janvier 1953, Desfons p. 5) ; retrait qui ne peut, bien sûr, que profiter au requérant... Ici encore, nous sommes en présence d'une prérogative de l'Administration qui permet d'assurer la protection des particuliers.

De manière plus générale, l'autorité hiérarchique peut se voir reconnaître par un texte même simplement réglementaire la possibilité d'utiliser le retrait pour simple inopportunité (C.E., 29 mars

---

(32) *Eod. loc.*

(32 *bis*) Ce qui était le cas en l'espèce.

(32 *ter*) Concl. Bertrand, préc., p. 503. Alors que le présent ouvrage était en cours de publication, le Conseil d'Etat a limité la portée de la jurisprudence Eve (C.E. Ass. 1er juin 1973, Min. de l'Equipement et du Logement cf. époux Roulin, A.J.D.A., 1973, II, 492, note Gilli et I, 478, chr. Cabanes et Léger) : le retrait d'un permis de construire tacite est possible. L'Administration peut retirer cet acte dans les deux mois de son octroi implicite.

(33) C.E., 2 avril 1971, Req. n° 78214.

1968, Manufacture française des pneumatiques Michelin A.J.D.A. 1969 II 335). Cette jurisprudence est assez exorbitante et ne peut s'expliquer que par une fiction. L'acte administratif n'est pas censé créer des droits dès sa signature — en pareil cas — mais seulement après l'intervention de l'autorité hiérarchique. L'effet générateur de droits est reporté à la date de la décision du Ministre, contrairement à la règle selon laquelle un acte est créateur de droits dès sa signature (34).

Le Conseil d'Etat a donc reconnu à l'Administration la prérogative de retirer, sous certaines conditions, ses propres décisions. Mais cette prérogative joue souvent en faveur du particulier. Qu'il nous suffise de rappeler qu'un acte créateur de droits ne peut, en principe, être retiré que s'il est illégal. Le retrait permet ainsi à l'administré de faire l'économie d'un recours pour excès de pouvoir.

---

(34) C.E., 19 décembre 1952, Delle Mattei, Rec. p. 594.

CONCLUSION DU TITRE

Il est peu de textes législatifs ou réglementaires pour fixer les règles de la procédure administrative non contentieuse. De surcroît les pouvoirs reconnus à l'Administration par ces textes lui sont souvent insuffisants pour l'exercice de sa mission d'intérêt général.

Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il été conduit à déterminer le cadre et les modalités de la prise de décision par l'autorité administrative compétente. Il l'a fait par une jurisprudence très compréhensive qui a grandement tenu compte des impératifs de l'Administration active. Il a cherché à faciliter le processus de décision en accroissant la liberté d'action de l'Administration. La politique jurisprudentielle tend à permettre aux autorités compétentes d'agir sans contrainte.

TITRE II

L'ACCROISSEMENT DES MOYENS D'ACTION DE L'ADMINISTRATION

Les textes législatifs et réglementaires accordent certains pouvoirs aux autorités administratives. Mais celles-ci, bien souvent, ne peuvent s'en contenter pour faire face aux lourdes tâches qui leurs sont imparties. A la diversification des fins de l'activité administrative doit correspondre une certaine plasticité des moyens mis en œuvre pour les réaliser. Le Conseil d'Etat sera le facteur de cette adaptation souple aux circonstances — en période normale, d'abord, dans la mesure où il permettra à l'Administration d'accroître ses moyens d'action — durant les périodes exceptionnelles, ensuite, à l'occasion desquelles il lui reconnaîtra des prérogatives tout à fait exorbitantes.

— *Sous-titre I.* — L'accroissement des moyens d'action de d'Administration en période normale.

— *Sous-titre II.* — Les régimes spéciaux d'accroissement des moyens d'action de l'Administration.

SOUS-TITRE I

L'ACCROISSEMENT DES MOYENS D'ACTION DE L'ADMINISTRATION EN PERIODE NORMALE

L'Administration doit réaliser, coûte que coûte, la mission d'intérêt général qui est la sienne. Le cadre rigide et préétabli des textes ne le lui permet pas, bien souvent du moins. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il dû solliciter les textes législatifs et réglementaires pour étendre les moyens d'action de l'Administration ; parfois même par une jurisprudence audacieuse, il a, en dehors de toute loi ou de tout règlement, accordé de lui-même des pouvoirs aux autorités administratives. On voudrait, dans les développements suivants, insister sur quelques exemples qui nous ont paru particulièrement révélateurs de cet accroissement. Nous orienterons nos recherches dans cinq directions étudiant d'abord l'extension du champ d'action de la compétence de l'Administration ; puis nous analyserons l'accroissement des pouvoirs réglementaire, hiérarchique et de police ; enfin nous examinerons l'accroissement des moyens d'exécution des décisions administratives.

— *Chapitre I.* — Extension du champ d'action de la compétence de l'Administration.

— *Chapitre II.* — Extension du pouvoir réglementaire.

— *Chapitre III.* — Extension du pouvoir hiérarchique.

— *Chapitre IV.* — Extension du pouvoir de police.

— *Chapitre V.* — Accroissement des moyens d'exécution des décisions administratives.

CHAPITRE I

EXTENSION DU CHAMP D'ACTION DE LA COMPETENCE DE L'ADMINISTRATION

Il est devenu banal de constater que la sphère d'intervention des Pouvoirs Publics est en constante extension. La multiplication et la diversification des tâches de l'Etat illustrent ce phénomène ; l'action économique de l'Etat est un exemple révélateur à cet égard. Il n'est point dans notre propos de rappeler cette évolution que le Conseil d'Etat n'a pu que cautionner.

Par contre, il nous paraît intéressant de rechercher, à un deuxième degré, comment le Conseil d'Etat a pu élargir les prérogatives de l'Administration en se fondant justement sur l'évolution dans les objectifs de la vie publique. L'Administration se caractérise, en effet, par sa finalité : l'intérêt général. Mais ce but ne constitue lui-même qu'un concept à contenu variable du fait des changements qui affectent les soubassements de notre vie politico-administrative. Quel peut être l'impact de l'élargissement de ces buts sur les compétences de l'Administration ? Afin de répondre à cette question, nous prendrons un exemple qui nous paraît faire figure de test révélateur, à savoir l'élargissement de la notion d'utilité publique. Celle-ci représente la finalité de l'action administrative dans le domaine de l'expropriation. Or l'objectif a été compris de plus en plus largement. La notion s'est non seulement élargie mais encore s'est parfois dégradée au contact des impératifs de l'urbanisme.

— *Section I.* — Extension de la notion d'utilité publique.

— *Section II.* — Dégradation de la notion d'utilité publique.

SECTION I. — EXTENSION DE LA NOTION D'UTILITE PUBLIQUE.

L'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen légitimait l'expropriation pour cause de nécessité publique. Le législateur a, dans le Code Civil, remplacé cette notion, très protectrice du droit de propriété, par celle d'utilité publique (1). Mais ce dernier concept n'a jamais été précisément déterminé et ses contours en sont mal cernés. Le législateur a progressivement diversifié les buts qui pouvaient légitimer le recours à la procédure d'expropriation (2).

Le Conseil d'Etat a suivi et amplifié cette évolution. Jadis il décidait que l'expropriation ne pouvait être utilisée qu'en vue de l'aménagement du domaine public, ou de l'organisation d'un service public (3). Il posait alors des conditions relativement strictes à l'utilisation de la procédure d'expropriation dont il réduisait ainsi le champ d'application. Puis, dès le début du XX[e] siècle, le Conseil d'Etat a abandonné la référence à la notion de service public (4) et en 1938 le Commissaire du Gouvernement Josse pouvait affirmer : « Inutile pour justifier l'expropriation... d'aller jusqu'à la notion de service public : *l'utilité générale suffit* » (5). Ainsi l'expropriation peut viser l'acquisition d'un immeuble destiné à servir d'abri aux jeunes gens d'un centre de loisirs (6), à assurer le logement d'agents publics (7) ou à permettre l'aménagement d'un site touristique (8). Le Conseil d'Etat a donc entendu, de plus en plus largement, l'intérêt général (9).

En pratique, le Conseil d'Etat laissait grande latitude à l'Administration pour décider de l'utilité publique d'une opération. Le contrôle juridictionnel a longtemps revêtu un certain automatisme

---

(1) V. art. 545 du Code civil.

(2) Sur cette question, v. P. de Font-Reaulx, *Expropriation pour cause d'utilité publique*, J.C.A., fasc. 400, n[os] 113 et suiv.

(3) Le Doyen Hauriou écrivait en 1901 dans son *Précis de droit administratif :* « on ne doit recourir à l'expropriation qu'en vue d'un service public ou du domaine public » (p. 678).

(4) V. C.E., 26 janvier 1906, Général Bérenger, D. 1907, III, 92.

(5) Concl. sur C.E., 20 novembre 1938, Cambieri, D. 1939, III, 15.

(6) C.E., 20 novembre 1938, Cambieri, précité.

(7) C.E., 28 juillet 1952, Héritiers Lamy, Rec. p. 415.

(8) C.E., 10 janvier 1958, Bâ et autres, Rec. p. 918.

(9) En ce sens, v. J. Virole, *Le champ d'application de la déclaration d'utilité publique*, A.J.D.A., 1960, I, p. 178 et la jurisprudence citée à la note (47).

(10) qui accroissait la portée des compétences de l'Administration — le Conseil d'Etat se contentant de constater que telle « opération est au nombre de celles pour lesquelles l'expropriation pour cause d'utilité publique peut être légalement autorisée ». La méthode suivie relevait d'un rationalisme abstrait : le juge prenait en considération le concept d'utilité publique puis recherchait si le motif de fait invoqué par l'Administration, *considéré in abstracto,* lui était bien conforme. Le Conseil d'Etat se refusait par contre à apprécier les conséquences que l'opération pouvait entraîner ; il ne se livrait pas à l'examen du contexte économique et social qui ressortait, selon lui, de l'opportunité (11). Une telle méthode conduisait à reconnaître de larges prérogatives aux autorités administratives qui pouvaient recourir à l'expropriation pour toutes les opérations qui n'étaient pas dénuées d'intérêt général.

Mais, fort heureusement, selon sa jurisprudence la plus récente, le Conseil d'Etat se reconnaît le pouvoir d'apprécier le coût financier de l'opération projetée et ses inconvénients d'ordre social dans le contrôle de l'utilité publique d'une expropriation. Dans l'arrêt « Ville Nouvelle Est » (12), le juge suprême s'exprime en ces termes : « une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». Le Conseil d'Etat compare et met en balance les avantages et les inconvénients de l'opération envisagée ; il vérifie, un peu comme en matière de police, la proportionnalité des moyens mis en œuvre aux fins à réaliser. Comme le soulignait le Commissaire du Gouvernement, M. Braibant, le juge va peser l'utilité et la désutilité des travaux. Raisonnement qui conduit à rapprocher ce nouveau motif d'annulation du détournement de pouvoir (13). Aussi a-t-on pu craindre que le Conseil d'Etat ne fît de ce moyen de contrôle une arme toute théorique. Qui ne serait utilisée que très subsidiairement. D'autant que la Haute Juridiction maintient parfois encore son ancienne jurisprudence — se bornant alors à constater que « l'opération est au nombre de celles pour la réalisation

(10) J. Raux, *L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation,* A.J.D.A., 1967, p. 197.
(11) C.E., 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, A.J.D.A., 1961, p. 646, Concl. Kahn.
(12) C.E., 28 mai 1971, Min. de l'Equipement c. Fédération des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle Est, A.J.D.A., 1971, I, 421 et p. 463, Concl. Braibant ; p. 404; Chr. Labetoulle et Cabanes.
(13) Chr. Cabanes et Léger, A.J.D.A., 1972, p. 577-578.

desquelles l'expropriation pour cause d'utilité publique peut légalement être autorisée » (14). Mais, ces craintes paraissent n'avoir pas été fondées, puisque dès octobre 1972, le juge suprême, dans l'arrêt Sté civile Sainte Marie de l'Assomption (15), annula une déclaration d'utilité publique en se fondant sur les troubles graves qui seraient résultés de la construction d'une partie d'autoroute pour le fonctionnement d'un hôpital. On peut espérer que cette jurisprudence sera confirmée — permettant ainsi de mieux circonscrire le champ d'application de l'utilité publique (15 *bis*). Mais cette tendance de la politique du Conseil d'Etat est encore loin d'être générale : dans certains cas, le juge suprême a pu valider des utilisations abusives de la procédure d'expropriation, ce qui ne pouvait aboutir qu'à une dégradation, partielle au moins, de la notion d'utilité publique.

SECTION II. — DEGRADATION DE LA NOTION D'UTILITE PUBLIQUE.

Jadis, on ne pouvait envisager que des particuliers puissent ou veuillent assumer une opération d'intérêt public (travaux de voirie, équipement, etc.). Mais, du fait de l'intervention de l'Etat dans un secteur traditionnellement réservé à l'initiative des particuliers, s'est posé le problème crucial de la concurrence de leurs interventions. En la matière, c'est essentiellement la loi foncière du 6 août 1953 qui est à l'origine de ces difficultés dans la mesure où elle permet l'expropriation d'immeubles pour réaliser des lotissements destinés à la construction de bâtiments à usage d'habitation : elle instaure ainsi la technique de l'expropriation pour revendre. Formule bien nouvelle, ainsi que le soulignait M. Josse (16), car « il ne s'agit plus de transférer à une personne publique ce qui appartient à un particulier, pour une utilisation directe par une personne publique dans un intérêt général, mais de transférer à d'autres particuliers qui, en définitive, vont en être les bénéficiaires, la propriété d'autrui ». Dès lors, par ce biais, une personne publique

---

(14) C.E., 5 mai 1972, sieur Ferdinand, Rec. p. 339.

(15) C.E., 20 octobre 1972, Rec. p. 657, Concl. Morisot, A.J.D.A., 1972, I, 576.

(15 bis) Sur ces nouvelles orientations de la jurisprudence du Conseil d'Etat, cf. J.-P. Gilli, *Le rôle du juge administratif en matière d'expropriation*, A.J.D.A., 1973, I, 13.

(16) Josse, *L'expropriation dans le cadre de la « loi foncière » du 6 août 1953*, D. 1954, Chr., p. 45.

peut exproprier le bien d'un particulier pour en faire bénéficier d'autres personnes privées. Le caractère exorbitant de la règle par rapport au droit commun de la propriété aurait pu conduire le Conseil d'Etat à interpréter restrictivement les pouvoirs des autorités administratives qui en découlaient. Or il n'en a rien été.

En effet, de par la jurisprudence du Conseil d'Etat, la notion d'utilité publique devient parfois tout à fait contingente.

Prenons comme test l'affaire Dame Veuve Musy (17) qui est à l'origine de cette jurisprudence. En l'espèce, le Conseil d'Etat reconnaît valable la déclaration d'utilité publique, en vue de la construction de logements d'habitation, d'un terrain à propos duquel le propriétaire s'était antérieurement vu refuser le permis de construire pour réaliser de semblables opérations. Il en est ainsi alors même que la société bénéficiaire et le propriétaire poursuivent des buts très voisins sinon identiques et que d'autre part le propriétaire était à même de les atteindre plus rapidement que l'office expropriant. L'apport de l'arrêt est, dans notre optique, considérable : l'utilité publique n'est pas une notion matérielle tenant compte de la nature de l'opération envisagée ; elle est conditionnée par la présence d'une personne publique. Certains travaux ne sont plus considérés en eux-mêmes comme d'utilité publique : ils le deviennent seulement s'ils sont entrepris *par une personne publique* — application nouvelle, mais faussée et déroutante, du vieux critère organique. Cette jurisprudence aboutit à ce résultat paradoxal que la construction de logements n'est d'intérêt public que si elle est effectuée par une collectivité publique (ou mieux, parce que celle-ci s'en charge). Le Professeur Liet-Veaux (18), dans une optique libérale, a très vivement critiqué cette solution en montrant combien la nouvelle notion d'utilité publique devenait dangereuse pour les libertés des particuliers, en portant atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (19). Par ailleurs, et dans un autre esprit, cette solution ne paraît guère compatible avec notre époque de concertation qui a souvent recours à une politique contractuelle : en matière économique, les particuliers peuvent être directement associés à la gestion d'un service public ; le Conseil d'Etat a expressément admis cette possibilité, à plusieurs repri-

(17) C.E., 23 octobre 1963, Rev. Adm., 1963, p. 461 et 584, note Liet-Veaux.
(18) Note précitée.
(19) V. également note Liet-Veaux sous T. Adm. Paris, 11 juillet 1963, Stés civiles immobilières de la Résidence Sceaux-Robinson et du Plessis c. Min. de la Construction, Rev. Adm., 1963, p. 584.

ses (20) ; on peut regretter que le juge administratif suprême n'ait pas transposé cette solution dans le présent domaine que le législateur a pourtant mis à la pointe de la concertation (21).

Le Conseil d'Etat n'a cependant pas changé de position ; bien au contraire, dans un arrêt consorts Troussier, en date du 10 juillet 1968, il l'a expressément confirmée en ces termes : « Considérant que l'aménagement d'un terrain de jeux et la construction d'une cité ouvrière... sont au nombre des opérations pour la réalisation desquelles l'expropriation pour cause d'utilité publique peut être légalement autorisée, en admettant même qu'en raison des projets de construction par la Société d'Achat de terrains et constructions d'un ensemble de logements sur les terrains désignés par l'arrêté préfectoral, l'initiative privée ne fût pas défaillante. » (22).

Une semblable jurisprudence manifeste clairement la volonté du juge de protéger l'extension des prérogatives de l'Administration. Protection nécessaire lorsqu'elle s'exerce dans l'intérêt public ; protection abusive, par contre, lorsqu'elle aboutit à étouffer toute initiative privée par l'intervention d'une collectivité publique ou semi-publique. Cette conception de l'utilité publique procède d'une méconnaissance du principe de liberté du commerce et de l'industrie — du moins lorsque l'initiative privée se révèle tout aussi désintéressée que celle de l'Administration (23). Sans doute, le Conseil d'Etat pourrait-il rendre plus rigoureuses les conditions de cette intervention ; peut-être pourrait-il s'inspirer de celles qu'il pose à l'intervention économique des communes (24) ; celles-ci, rappelons-le (25), ne peuvent agir que si, en raison des circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public les justifie. L'initiative individuelle doit prévaloir dans la mesure où elle peut faire face aux besoins à satisfaire ; par contre, les pouvoirs publics doivent prendre le relais au cas d'insuffisance de cette initiative privée. Aussi nous apparaît-il que le Conseil d'Etat a trop étendu le champ d'action de la compétence administrative dans le cadre des opérations d'urbanisme.

---

(20) V. C.E., 20 avril 1956, époux Bertin, G.A., p. 428.

(21) C'est à cette volonté qu'a répondu la création des Z.A.C.

(22) C.E., 10 juillet 1968, consorts Troussier et Société d'achat de terrains et constructions (S.O.C.A.T.E.C.), A.J.D.A., 1969, II, 109, note A. Homont ; dans le même sens, C.E., 12 juin 1970, « Le Pré juge », Rec. p. 393.

(23) Note Homont, précitée, p. 111.

(24) Les deux situations sont semblables par la concurrence que fait dans les deux cas une collectivité publique aux entreprises privées.

(25) C.E., 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, G.A., p. 194.

CHAPITRE II

EXTENSION DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Dans le régime constitutionnel français, les autorités titulaires du pouvoir réglementaire sont nominativement désignées. Actuellement, à l'échelon central, le Premier Ministre est le titulaire de principe de ce pouvoir ; exceptionnellement, le Président de la République en fait usage lorsqu'il signe les décrets en Conseil des Ministres, les ordonnances, ou les décisions prises en vertu de l'article 16. Les Ministres, enfin, n'ont, sauf habilitation législative ou délégation du Premier Ministre, aucun pouvoir réglementaire.

Mais dans la pratique, ce carcan juridique s'est révélé trop étroit ; aussi est-il apparu nécessaire de le desserrer et d'en assouplir les modalités. Un tel relâchement fut permis grâce au Conseil d'Etat qui a reconnu aux Ministres un pouvoir réglementaire autonome et qui a laissé se développer, au profit des autorités administratives supérieures, un pouvoir réglementaire de fait.

— *Section I.* — Reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome.

— *Section II.* — Reconnaissance d'un pouvoir réglementaire de fait.

SECTION I. — RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR REGLEMENTAIRE AUTONOME.

Ce titre peut être compris dans un triple sens. D'abord il peut recouvrir l'ancienne prérogative d'exécution des lois reconnue, par la jurisprudence Labonne (1), au profit du Chef de l'Etat. En ce

(1) C.E., 8 août 1919, Labonne, G.A., p. 156.

sens, le pouvoir réglementaire est plus large que la stricte exécution de chaque loi puisqu'il permet au Président de la République et au Premier Ministre, c'est-à-dire aux autorités détentrices *ab initio* du pouvoir réglementaire, de maintenir les conditions essentielles à la vie nationale et au fonctionnement des services publics (2). Cette jurisprudence, fondée sur une interprétation compréhensive des textes constitutionnels (3), n'a plus actuellement qu'un intérêt historique : en effet, tout ce qui dépasse l'exécution de chaque loi relève désormais du pouvoir réglementaire autonome au titre de l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 (4). Telle est du reste la seconde conception de l'autonomie du pouvoir réglementaire : sa signification et sa portée constitutionnelle ne relèvent pas, bien sûr, de notre étude.

C'est à un troisième sens du pouvoir réglementaire autonome que nous consacrerons nos développements, à savoir le *pouvoir réglementaire des autorités administratives en l'absence de texte.* Les ministres possèdent-ils, en dehors de toute délégation, un tel pouvoir réglementaire (5) ? Traditionnellement, la réponse est négative. Moreau, dans sa thèse parue en 1902 (6), soulignait bien le phénomène : le ministre n'a pas besoin d'attributions propres, ayant à sa disposition celles du Chef du Gouvernement et celles du Préfet ; en outre, il s'associe au pouvoir réglementaire, par le contreseing des textes qu'il a préparés.

Exceptionnellement, cependant, le législateur peut reconnaître un pouvoir réglementaire spécifique au Ministre ; ou bien ce dernier peut encore se voir déléguer un semblable pouvoir par le Premier Ministre. L'étendue du pouvoir réglementaire ainsi accordé au Ministre dépend de la formule d'habilitation et de l'interprétation, tantt large, tantôt étroite, qu'en donne la jurisprudence (7).

Mais le pouvoir réglementaire du Ministre ne pourra être qualifié d'autonome que s'il ne lui est donné par personne, que s'il le retire de l'ensemble des pouvoirs qui lui sont conférés par ailleurs.

---

(2) C.E., 28 juin 1918, Heyriès, G.A., p. 136.

(3) V. Batailler, *Le Conseil d'Etat..., op. cit.*, p. 642.

(4) V. C.E., 13 mai 1960, S.A.R.L. Restaurant Nicolas, Rec. p. 323 : les compétences, en matière de police, propres au gouvernement en dehors de toute habilitation légale, sont désormais prises au titre du pouvoir réglementaire autonome de l'art. 37.

(5) Sur l'ensemble de la question, v. la thèse de Céline Wiener, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Th. Paris, L.G.D.J., 1970.

(6) Moreau, *Le règlement administratif*, Th. Paris, 1902, nos 247 à 251.

(7) Odent, *Contentieux..., op. cit.*, p. 165 et suiv.

Or nous savons que les ministres ont la possibilité de prendre, par arrêtés, les mesures individuelles nécessaires à la mise en œuvre des lois et règlements. Il s'agit, selon l'expression d'Alibert, d'un pouvoir d'interposition. Or « ce pouvoir implique celui d'adopter et de publier les règles générales en vertu desquelles ces décisions seront prises » (8). Dans sa thèse, Mme Wiener distingue essentiellement trois catégories d'hypothèses :

— un pouvoir réglementaire résultant de la généralisation du pouvoir de prendre des décisions individuelles ;

— un pouvoir réglementaire prolongeant le pouvoir de prendre des décisions individuelles ;

— un pouvoir réglementaire issu de l'induction du pouvoir de prendre des décisions individuelles.

Cette synthèse, pour aussi intéressante qu'elle soit, ne nous semble pas parfaitement correspondre aux nuances du droit positif actuel à partir duquel nous pouvons distinguer la reconnaissance d'un réel pouvoir réglementaire et celle d'un pouvoir quasi réglementaire.

§ I. — *Un réel pouvoir réglementaire.*

Le Conseil d'Etat reconnaît aux Ministres, dans certains cas, un véritable pouvoir réglementaire mais il enferme l'exercice de cette prérogative dans d'étroites limites.

A. — *Existence.*

1. — *La réglementation des conditions d'octroi des décisions individuelles.*

Le Ministre, qui a le pouvoir de prendre des décisions individuelles, peut subordonner leur octroi à des conditions de forme ou de procédure. Ainsi le Conseil a déduit du pouvoir de décision individuelle du ministre celui de fixer par voie réglementaire les formalités et les délais auxquels les administrés devaient se plier. L'arrêt Réunion des assurances maladie des exploitations agricoles est des plus nets en ce sens (9). Un décret du 31 mars 1961 avait délégué au Ministre de l'Agriculture le pouvoir de consentir des

(8) C. Wiener, *Le pouvoir réglementaire...*, *op. cit.*, p. 131.
(9) C.E., 6 novembre 1964, Rec. p. 521.

avances aux organismes chargés de l'assurance maladie des exploitations agricoles. Le juge suprême en a déduit que semblable disposition avait conféré au Ministre « le pouvoir de prendre les mesures de caractère réglementaire propres à assurer la mise en œuvre du régime d'avances institué par les dispositions sus-visées » (10). Il convient de noter qu'il s'agit là d'une compétence de droit commun puisque ces pouvoirs ministériels existent sauf texte contraire.

Mais l'autorité ministérielle peut-elle subordonner l'octroi de décisions individuelles à l'acceptation, par les intéressés, de certaines conditions de fond qu'elle a inscrites dans un texte réglementaire ? On a pu penser, à un certain moment, que le Conseil d'Etat allait s'engager dans cette voie (11) ; certains arrêts ont pu légitimement le faire croire. Nous sommes alors en présence d'une réglementation qui complète *extra legem* les décisions individuelles dont l'édiction relève de l'autorité ministérielle.

2. — *La réglementation du contrôle de l'exécution des décisions individuelles.*

Les avantages concédés par l'autorité publique ne sont maintenus qu'à la condition que leurs bénéficiaires respectent certaines normes dont l'application est contrôlée par l'Administration. Le Ministre peut légalement inscrire, dans un règlement, les modalités auxquelles il subordonne ce sontrôle : ayant, par exemple, le pouvoir de désigner une personne pour vérifier le fonctionnement des maisons d'enfants, il détient, de ce fait, un pouvoir réglementaire de contrôle (12). Il apparaît donc que le pouvoir de prendre des décisions individuelles peut constituer le fondement d'une compétence réglementaire (13).

B. — *Limites.*

Comment apprécier l'extension des prérogatives ministérielles ainsi réalisées ? A coup sûr, elle bouleverse les règles antérieures

---

(10) Dans le même sens, v. C.E., 7 novembre 1962, Capgras, Rec. p. 491 et la jurisprudence citée par Céline Wiener, *op. cit.*, p. 131 et suiv.

(11) C.E., 15 mars 1963, Cie électro-mécanique, Rec. p. 167.

(12) C.E., 11 janvier 1963, Syndicat national des maisons d'enfants et établissements médicaux de l'enfance, A.J.D.A., 1963, II, 411, note Paulin.

(13) V. C.E., 6 décembre 1964, R.A.M.E.X., A.J.D.A., 1964, I, 692, Chr. M^me^ Puybasset et Puissochet.

en vertu desquelles l'autorité administrative se devait d'examiner les circonstances particulières de chaque affaire avant de prendre une décision, même si elle était investie d'un pouvoir discrétionnaire. La jurisprudence était formelle : toute réglementation générale préalable est incompatible avec l'examen particulier de chaque cas individuel. Prenons l'exemple caractéristique présenté par l'arrêt Piron (14). Un gardien de la paix avait été relevé de l'exercice de ses fonctions en application de la loi du 17 juillet 1940. Ladite révocation n'avait pas à être motivée, mais elle avait été prise en fait pour « l'unique motif que l'intéressé se trouvait au nombre des agents ayant dépassé l'âge de 50 ans ». Or le ministre détenait seulement de la loi précitée le pouvoir d'écarter de leur service les agents dont le maintien paraissait, en raison de leur comportement général, incompatible avec le maintien de l'ordre public. Chaque révocation devait donc être prononcée au vu du comportement individuel de l'agent concerné. Aussi le Conseil d'Etat annula-t-il l'arrêté relevant Piron de ses fonctions car « l'Administration s'est bornée à lui faire application d'une décision de principe sans procéder à l'examen de sa situation particulière et sans rechercher si, en ce qui le concernait, son âge était de nature à s'opposer à son maintien en fonction ». L'attitude ministérielle, en l'espèce, consistait à intercaler, entre la loi et la mesure individuelle, une décision de principe prévoyant une condition générale de mise à la retraite que le Ministre n'était pas compétent pour prendre, n'ayant, par principe, aucun pouvoir réglmentaire. Le Professeur Mestre a bien souligné l'objet de la censure du Conseil d'Etat et son intérêt ; il est intéressant, dans notre perspective, de rappeler ses observations : « L'illégalité a consisté à substituer à l'examen particulier du cas une mesure générale. On est ici en présence d'une sorte *d'abus du pouvoir réglementaire*. S'il est en effet des lois dont les applications particulières appellent nécessairement l'intervention préalable de mesures générales, il en est d'autres, au contraire, qui excluent absolument cette intervention. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles la loi investit l'Administration du droit d'accomplir des actes qui comportent par eux-mêmes un appel à l'appréciation individuelle formulée sous la responsabilité de leur auteur » (15).

Les avantages de cette position jurisprudentielle, jadis bien éta-

---

(14) C.E., 24 juillet 1942, Piron, S. 1943, III, 1, Concl. Ségalat et note A. Mestre.

(15) Mestre, *eod. loc.*

blie (16), n'étaient pas négligeables. D'abord, elle permettait une personnalisation de la prise de décision, en obligeant l'autorité compétente à procéder, dans chaque affaire, à un examen des circonstances de fait. Par ailleurs, elle fournissait au juge de l'excès de pouvoir les moyens de connaître les éléments d'appréciation dont l'Administration a fait état en l'espèce et d'en vérifier l'exactitude.

Récemment, la jurisprudence semble avoir renoué avec cette ancienne position dans un arrêt Sté Distilleries Brabant (17). La question posée au juge était la suivante : le ministre peut-il fixer les règles de fond qui justifient la demande d'un avantage individuel dont l'octroi lui revient ? Le Commissaire du gouvernement avait proposé au Conseil de reconnaître au Ministre un pouvoir réglementaire propre et d'en circonscrire l'étendue — attitude qui n'aurait été que la consécration d'une jurisprudence antérieurement amorcée (18). Les avantages de l'officialisation du pouvoir réglementaire des Ministres seraient patents ; pour l'administré, d'abord, dont elle permettrait la protection contre l'arbitraire en assurant le respect du principe d'égalité et en évitant les discriminations qui résultent immanquablement d'un examen isolé de chaque situation individuelle ; pour l'Administration, ensuite, dont elle faciliterait l'efficacité de l'action ; pour le juge, enfin, auquel il serait désormais possible d'assurer un contrôle plus serré du fait de la publicité des conditions dégagées par l'autorité ministérielle et de leur caractère impératif. Tous avantages qui poussaient M^me^ Questiaux à conclure : « Il y a donc place pour un pouvoir réglementaire nécessaire à l'exercice du pouvoir d'agrément confié au Ministre par le Gouvernement, et distinct du rôle propre du Gouvernement. » (19). Le Conseil d'Etat n'a pas suivi ces conclusions et a refusé de procéder à pareille extension. Il limite le pouvoir réglementaire des Ministres soit à l'organisation des services en vertu de la jurisprudence Jamart (20), soit, sur habilitation législative ou réglementaire, à l'édiction de dispositions qui ne sont pas de nature à créer des obligations nouvelles (21).

---

(16) V. Mégret, *Instruction administrative et décision discrétionnaire*, E.D.C.E., 1953, p. 77 et la jurisprudence citée.

(17) C.E., 23 mai 1969, A.J.D.A., 1969, I, 640, Concl. M^me^ Questiaux et note Tournié ; D. 1970, p. 673, note Fromont.

(18) V. *supra*, p. 185-186.

(19) Concl. précitées, p. 644.

(20) V. *infra*, p. 203 et suiv.

(21) C.E., 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, G.A., p. 398.

Cette attitude ne laisse pas de susciter la critique. Certes l'application de la solution préconisée par M^me^ Questiaux aurait conduit à une extension des prérogatives ministérielles. Cependant ce n'eût été qu'un effet médiat des propositions du Commissaire du gouvernement qui visait directement un tout autre objectif : l'amélioration de l'efficacité du contrôle juridictionnel. Accroître les pouvoirs des Ministres pour les mieux contrôler : telle était l'économie de la réforme proposée (22). En effet, l'unité de l'action administrative, le contrôle du juge et de ce fait la protection des administrés auraient gagné à la reconnaissance du pouvoir réglementaire ministériel. Le Conseil d'Etat l'a bien compris, car il a, tout récemment, introduit une brèche dans sa jurisprudence traditionnelle.

§ II. — *Un pouvoir quasi-réglementaire.*

Ressentant sa propre impuissance en face des décisions économiques, le Conseil d'Etat a récemment reconnu un pouvoir quasi réglementaire aux autorités administratives compétentes dans une décision Crédit Foncier de France en date du 11 décembre 1970 (23). Pour bien apprécier la portée de l'arrêt, il nous faut partir des faits de l'espèce. Le Fonds National d'Amélioration de l'Habitat (F.N.A.H.), géré par le Crédit Foncier de France, a pour but de venir en aide aux propriétaires désireux d'assurer l'entretien ou la remise en état de leurs immeubles. Les aides peuvent revêtir deux modalités : des aides en capital, sous forme de subventions ; des aides en crédit sous forme de prise en charge d'intérêts de prêts. Les demandes d'aides doivent être adressées à des commissions départementales qui les sélectionnent, puis l'octroi de l'aide est décidé par une commission nationale qui emploie ainsi les disponibilités du Fonds. Mais, sous quelles conditions cet octroi est-il accordé ? L'ordonnance du 28 juin 1945 portant création du Fonds et le décret du 26 octobre 1945 régissant son fonctionnement sont muets sur ce point. Par contre, un arrêté du Ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme pris le 27 avril 1946, en application du dernier décret cité, précise qu'il appartient à chaque

(22) Delmas-Marsalet, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat*, E.D.C.E., 1969, p. 133 ; V. *supra*, p. 86 et suiv.

(23) A.J.D.A., 1971, II, 227 et I, 196, Chr. H.T.C. ; R.D.P., 1971, p. 1224, note M. Waline. Le Conseil a confirmé cette jurisprudence en 1971 : C.E., 20 janvier 1971, Union départementale des sociétés mutualistes du Jura, D. 1971, J. 673, note Danièle Loschak.

commission d'apprécier « *suivant les directives* et sous le contrôle de la commission nationale... le degré d'utilité des travaux... ». En vertu de cette habilitation, la commission nationale a pris, le 7 juillet 1959, une directive n° 46 limitant les concours du Fonds à l'aide en crédit à l'exclusion de toute subvention « pour les immeubles dont le produit des loyers commerciaux atteindra au moins le double du produit des loyers d'habitation ». L'économie de cette instruction se comprend aisément : il convient de moins aider financièrement les propriétaires de locaux commerciaux qui perçoivent des loyers toujours plus élevés que les propriétaires d'immeubles à usage d'habitation.

Deux propriétaires indivises, entreprenant des travaux de ravalement sur un immeuble, demandent l'aide du F.N.A.H. sous forme de subventions. La Commission nationale les leur refuse, en fondant sa décision sur la directive n° 46 précité.

Le Tribunal Administratif de Paris, dans un jugement en date du 1er juillet 1969 annula ce refus au motif « que l'instruction précitée se trouve ajouter une condition plus rigoureuse à la réglementation en vigueur, que par suite, et en admettant même que la disposition dont s'agit ait un caractère réglementaire, elle ne pouvait servir de base légale à la décision attaquée ».

L'affaire, portée devant la Section du Contentieux — procédure qui, à elle seule, en montre l'importance et la difficulté — retint longuement l'attention du Commissaire du Gouvernement, M. Bertrand, qui, dans de remarquables conclusions, préconisa une évolution de la jurisprudence. Mais, il semble, en réalité, que le Conseil a opéré une véritable révolution en reconnaissant l'existence d'une nouvelle catégorie juridique — celle des directives — qui ne se glisse dans aucun moule juridique pré-existant. Le Conseil d'Etat a annulé, en effet, le jugement du Tribunal Administratif de Paris car « pour refuser l'allocation mentionnée... la Commission Nationale s'est référée aux normes contenues dans une de ses propres directives par lesquelles elle entendait, sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui des commissions départementales et sans édicter aucune condition nouvelle à l'octroi de l'allocation dont s'agit, définir les orientations générales en vue de diriger les interventions du fonds » (24). Révolution juridique il y a, car ces directives sont une espèce intermédiaire entre les normes réglementaires et les règles interprétatives.

---

(24) Arrêt précité.

1. — *Les directives sont moins que des normes réglementaires.*

Actuellement le juge utilise deux méthodes pour déceler le caractère réglementaire d'un acte : tantôt il se réfère à l'intention des auteurs de l'acte (25), tantôt il recherche si l'acte a ajouté des règles nouvelles à la législation en vigueur (26). Reprenons chacun de ces critères et appliquons-les aux directives de la commission précitée.

D'abord, la commission nationale du F.N.A.H. n'a jamais prétendu exercer un pouvoir réglementaire. Sous le régime de la Constitution de 1958, le pouvoir réglementaire appartient, par principe, au Premier Ministre voire au Président de la République. Certaines autres autorités peuvent cependant détenir un pouvoir réglementaire dans deux hypothèses : soit sur habilitation législative ou réglementaire, soit pour l'organisation des services qui relèvent de leur autorité, en application de la jurisprudence Jamart (27).

Cette dernière hypothèse peut, dès à présent, être exclue en la présente affaire dans la mesure où le pouvoir réglementaire interne, reconnu à un chef de service, ne concerne que les agents publics — ce qui n'est pas le cas ici puisque la directive litigieuse intéresse directement les administrés.

Par ailleurs, la commission sait pertinemment qu'aucun pouvoir réglementaire ne lui a été délégué : le pouvoir de prendre des directives lui a été conféré par un arrêté ministériel ; or seul le Premier Ministre peut déléguer une parcelle de son pouvoir réglementaire.

Enfin la commission ne prétendait pas détenir, en dehors de toute habilitation, un pouvoir réglementaire autonome : ses directives ne comportaient aucun visa faisant référence au pouvoir réglementaire du Fonds — et ce à la différence du Conseil national de l'Ordre des Pharmaciens qui, dans une autre affaire, avait formellement visé son propre pouvoir réglementaire dans une décision attaquée par l'Union nationale des Grandes Pharmacies de France ; décision que le Conseil d'Etat ne manqua pas de censurer (28).

---

(25) C.E., 23 décembre 1959, Freyssinet, U.N.E.F. et Union des Grandes Ecoles, Rec. p. 707.

(26) C.E., 29 janvier 1954. Institution Notre-Dame du Kreisker, G.A., p. 398.

(27) C.E., 7 février 1936, G.A., p. 229 ; v. *infra*, p. 203 et suiv.

(28) C.E., 31 janvier 1969, Union nationale des Grandes Pharmacies de France, Dr. Soc., 1970, p. 137, note M. Bazex.

Du reste, au fond, les directives n'ajoutent aucune règle nouvelle à l'ordonnancement juridique en vigueur ; elles n'ont, à la différence du règlement, aucun caractère impératif ni aucun effet contraignant. En effet les commissions disposent d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation dans l'octroi ou le refus des aides dispensées par le Fonds — et le Conseil d'Etat l'a récemment rappelé (29). Or une autorité ne peut renoncer à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ni en limiter la portée (30) — ce qui implique un examen particulier de chaque situation (31). En conséquence, la commission nationale comme les commissions départementales pourront toujours déroger aux directives qu'elles ont établies. En pratique, elles pourront ne pas les appliquer à tel ou tel propriétaire sollicitant une aide financière en se fondant sur la particularité de la situation du requérant ou sur des considérations d'intérêt général. De semblables directives seraient-elles assimilables à des règlements ? Bien évidemment non, car ceux-ci s'imposent et il ne peut y être dérogé hors les hypothèses qu'ils ont expressément prévues.

De ce fait, les directives ne créent aucun droit au profit des administrés et ne mettent à leur charge aucune obligation supplémentaire : elles ne vont pas jusqu'à poser des conditions nouvelles à l'octroi des avantages dispensés par le Fonds et ne tombent donc pas sous le coup de la jurisprudence Notre-Dame du Kreisker (32).

Les directives n'ayant pas valeur réglementaire auraient-elles seulement un caractère interprétatif ?

2. — *Les directives sont plus que des règles interprétatives.*

Les règles interprétatives explicitent la législation existante. Les directives annoncent les motifs des interventions à venir. En ce sens, elles ont un double objet.

Les directives définissent les orientations des interventions futures du F.N.A.H. On pourrait circonscrire ces directives par leur objet en disant qu'elles tendent à réaliser une « codification des motifs » (33) pour lesquels les aides du Fonds pourront être accor-

(29) C.E., 12 juillet 1969, Jacquier, Rec. p. 874.

(30) C.E., 22 avril 1966, Fédération syndicaliste des travailleurs des P. et T. Rec. p. 282.

(31) C.E., 7 avril 1965, Sté affichage Giraudy, Rec. p. 226.

(32) Arrêt précité.

(33) Concl. Bertrand précitées, p. 754 ; note H.T.C. précitée, p. 198.

dées ou refusées. Orientant l'action du Fonds, elles seront un guide pour les commissions.

Mais surtout, le contrôle des directives accordera des garanties nouvelles aux administrés. Les directives ont, en effet, pour objet de sous-tendre les actes administratifs individuels accordant ou refusant les avantages financiers octroyés par le Fonds. A ce titre, elles sont susceptibles — à la différence des actes interprétatifs — de faire grief aux intéressés qui pourront directement les déférer au juge de l'annulation, notamment pour détournement de pouvoir (34). Ce même juge peut également en apprécier la légalité par voie d'exception à l'occasion du recours formé contre un acte individuel du F.N.A.H. portant octroi ou refus des aides financières sollicitées (35). Ainsi, lors d'un litige individuel, les intéressés pourront dénoncer la méconnaissance de la directive, en se fondant sur la violation du principe de l'égalité de traitement : en effet, l'Administration sera, en principe, tenue par la règle du précédent qui l'obligera à prendre des solutions identiques dans des hypothèses semblables. *A priori*, une telle jurisprudence — qui marque la volonté du Conseil d'Etat de développer son contrôle en matière économique — paraît des plus satisfaisante, mais cette impression ne subsiste guère à l'analyse.

Certes la directive permettra à l'Administration de rationaliser ses interventions et de coordonner les actions des autorités déconcentrées. L'établissement d'une doctrine apparaît indispensable dans le cadre d'un interventionnisme économique essentiellement prospectif où le programme remplace la règle, où la recommandation se substitue à la norme. De même que le chef de service a un pouvoir de direction sur ses agents, de même l'autorité administrative aura un pouvoir d'orientation de son action à l'égard des administrés.

Avantageuse pour l'Administration, cette solution ne permet pas, par contre, un contrôle efficace du juge ni une réelle protection des droits des administrés. Nous avons souligné qu'il pouvait toujours être dérogé à la directive par l'autorité compétente, soit dans l'intérêt général, soit au vu de circonstances particulières propres au requérant.

Les particuliers risquent, en conséquence, de ne pas être efficacement protégés par cette solution de compromis et l'on peut

---

(34) En ce sens, Delmas-Marsalet, art. cit., p. 155 ; *contra :* Savy, *Le contrôle juridictionnel...*, art. cit., p. 15.

(35) C.E., 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, préc.

regretter que le juge suprême n'ait pas osé reconnaître un véritable pouvoir réglementaire à l'autorité administrative compétente (36).

Cet arrêt a cependant un grand intérêt non seulement dans la mesure où il manifeste la volonté du juge suprême de mieux cerner un contentieux fuyant, mais encore et surtout parce qu'il ouvre la voie à de nouvelles catégories juridiques dans un domaine qui en a bien besoin. Nous avons ailleurs (37) signalé l'inadaptation du recours pour excès de pouvoir au contentieux économique ; ici nous assistons à une tentative du Conseil de forger un outil à cette mesure. Le juge prend conscience des nécessités de l'Administration économique : l'incitation a remplacé l'ordre, la concertation fait suite au dirigisme. Le Conseil d'Etat, afin de mieux contrôler un domaine aussi mouvant, se reconnaît le pouvoir de créer une nouvelle catégorie juridique de décisions dont il accepte de contrôler la légalité. Cette position est singulière, car le renforcement du contrôle juridictionnel passe nécessairement, en la matière, par un accroissement des prérogatives de l'Administration.

SECTION II. — RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR REGLEMENTAIRE DE FAIT.

Le Conseil d'Etat a reconnu — au profit des autorités administratives non détentrices du pouvoir réglementaire — essentiellement les Ministres — un pouvoir réglementaire de fait. Le caractère réglementaire de l'acte est alors masqué par son apparence juridique, qu'il prenne la forme d'une circulaire ou d'un acte-type. Le Conseil d'Etat encourage cette pratique en ignorant volontairement la véritable nature de la décision administrative qui lui est déférée.

§ I. — *Un pouvoir réglementaire de fait par voie de circulaire.*

Nous savons que le Conseil d'Etat distingue traditionnellement deux catégories de circulaires : les unes sont appelées réglementaires, les autres sont dites interprétatives — les premières étant seules susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Quel est le critère de distinction retenu par le juge ? Ce dernier adopte tradi-

(36) En ce sens, v. Charlier, préface à la thèse de C. Wiener, *op. cit.*, p. 9.
(37) V. *supra*, p. 86 et suiv.

tionnellement un point de vue matériel en se rapportant à l'analyse du contenu de l'acte attaqué (38) ; le Conseil d'Etat recherchera si la circulaire ajoute des éléments à l'ordonnancement juridique existant.

Mais — sous l'influence de la doctrine, sans doute — le Conseil d'Etat a également recours à un second critère d'ordre subjectif : il s'attache souvent à rechercher l'intention des auteurs de l'acte (39). Le juge suprême se refuse alors à apprécier lui-même la nature de l'acte attaqué et préfère s'en remettre à la prétendue volonté de ses organes émetteurs.

Cette solution avait jadis été préconisée par le Doyen Duguit dont il est intéressant de rapporter l'analyse : « A mon avis, il n'y a pas d'autre criterium de fond que l'intention même de l'auteur de l'acte. Cependant, lorsque l'acte porte sur une matière dans laquelle le fonctionnaire, n'a pas le pouvoir réglementaire, comme on ne peut pas présumer qu'il ait voulu faire un acte nul, on présumera qu'il y a simplement circulaire. » (40). Cette opinion présage tout à la fois, dans un bref raccourci, de l'état d'une partie de la jurisprudence actuelle et des inconvénients qui peuvent en résulter. L'incompétence réglementaire de l'auteur de la circulaire, loin de fonder l'annulation de celle-ci, entraîne sa non-juridicisation.

Le Conseil d'Etat dénie ainsi le caractère de règlements à des circulaires qui comprennent des règles que l'autorité ministérielle n'aurait pas eu le pouvoir d'imposer par voie réglementaire ; il y voit de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours contentieux (41). A l'inverse, le juge aurait parfaitement pu annuler semblables circulaires en se fondant sur l'incompétence du Ministre. En réalité, le juge suprême veut reconnaître aux Minis-

---

(38) C.E., 1er avril 1949, Chavenceau, Rec. p. 161 ; C.E., 29 janvier 1954. Institution Notre-Dame du Kreisker, G.A., p. 398.

(39) C.E., 23 décembre 1959, Freyssinet, Rec. p. 707 ; C.E., 25 février 1966, Fédération hospitalière de France, Rec. p. 143 ; C.E., 8 octobre 1971, Syndicat national des architectes chargés de la construction d'H.L.M. et autres, Rec. p. 585, Concl. Vught : « Votre jurisprudence en la matière repose sur la distinction des circulaires réglementaires et des circulaires interprétatives à partir d'un critère matériel qui s'attache à l'objet et au contenu même de la circulaire... Pour procéder à cette recherche, vous allez jusqu'à tenir compte de *l'intention de l'auteur de la circulaire* et d'un certain nombre de critères de second rang » (p. 589). Pour le Commissaire du Gouvernement, le critère primordial est donc bien celui de l'intention des auteurs de l'acte.

(40) Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, 1921-1925, 2e éd., T. II, p. 275.

(41) V. par exemple C.E., 25 mars 1960, Confédération générale des architectes français et Tournon, Rec. p. 233.

tres, par ce biais, un pouvoir réglementaire implicite non prévu par les textes mais conforme aux nécessités d'une bonne administration. Aussi peut-on parler du détournement, par le juge, du critère de répartition entre les deux catégories de circulaires : l'appel à l'intention des auteurs de l'acte permettra de couvrir juridictionnellement leur incompétence. Au lieu de prononcer une annulation dommageable pour l'Administration, le Conseil d'Etat préférera opposer au requérant l'irrecevabilité de son recours au motif que la décision attaquée n'est pas exécutoire (42). M. Braibant a bien souligné, dans de récentes conclusions, les tendances de cette politique jurisprudentielle : « En cas de doute, la question de savoir si un acte a le caractère d'une décision susceptible de recours dépend, dans une large mesure, de la compétence de son auteur pour prendre une telle décision. *C'est parce que les Ministres n'ont pas, en principe, le pouvoir réglementaire que vous hésitez à considérer leurs circulaires comme des règlements,* vous présumez qu'ils sont restés dans les limites de leurs attributions qui leur permettent seulement de commenter et d'interpréter les lois et décrets et non d'édicter des règles nouvelles. » (43). Aussi n'est-ce que très rarement que le Conseil d'Etat reconnaîtra le caractère réglementaire à une circulaire (44).

Ces solutions ne laissent pas de susciter la critique. D'abord, ce camouflage d'une réglementation, sous la forme juridique d'une

---

(42) C.E., 25 mars 1960, Confédération générale des architectes français et Tournon, Rec. p. 233 : le juge rejette ici le recours formé contre une instruction ministérielle, sous forme de circulaire qui s'adressait pourtant à des organismes soumis à la tutelle du Ministre et non à son pouvoir hiérarchique. Si le Conseil d'Etat avait reconnu le caractère réglementaire de ladite circulaire, il n'aurait pu que l'annuler du fait de l'incompétence de son auteur à l'édicter.

(43) Concl. Braibant sur C.E., 7 février 1969, Syndicat général des importateurs et exportateurs du commerce en gros des vins et spiritueux et autres, Rec. p. 75.

(44) Pour un exemple révélateur de cette tendance restrictive, v. C.E., 13 juillet 1962, Arnaud, Rec. p. 562 ; A.J.D.A., 1962, II, 546, Chr. Galabert et Gentot. Ces derniers montrent bien les dangers de cette politique jurisprudentielle qui consacre « une sorte de pouvoir quasi réglementaire, aussi efficace à l'égard des administrés qu'un véritable pouvoir réglementaire, mais ne leur offrant pas les mêmes garanties dans la mesure où il échappe presque totalement au contrôle juridictionnel » (V. également commentaire de Long, Weil et Braibant, *Grands arrêts..., op. cit.*, p. 406). En réalité il faut à notre avis pousser plus loin le raisonnement — et nous nous sommes déjà expliqué sur ce point : en de semblables hypothèses nous sommes bien en face d'un réel pouvoir réglementaire qui, paradoxalement, n'existe que par l'indifférence que lui porte volontairement le Conseil d'Etat (V. *supra*, p. 195).

circulaire interprétative, entraîne la création d'une zone de pouvoir réglementaire totalement incontrôlée. On voit ainsi apparaître, au profit des autorités administratives, dès que celles-ci en ont exprimé l'intention, un pouvoir réglementaire, bien plus large que celui attribué au chef de service sur son administration. Par ailleurs, ces circulaires — réglementaires, de fait — ne sont nullement opposables à l'autorité administrative qui les a émises ; l'auteur de l'acte est toujours libre de les retirer et évite ainsi de lier son pouvoir discrétionnaire. Aussi, M. Lamarque a-t-il vu dans cette jurisprudence, la naissance d'un « véritable pouvoir réglementaire en la forme simplifiée, pouvoir beaucoup plus arbitraire et moins contrôlable que le pouvoir réglementaire ordinaire » (45). Les administrés risquent ainsi d'être assujettis à une réglementation entachée d'incompétence. Enfin, le raisonnement même suivi par le juge suprême n'est guère satisfaisant : l'examen du fond conditionne, en effet, la recevabilité ; ce qui, du point de vue logique, est assez aberrant ! (46). Le Conseil d'Etat évite l'annulation de la décision attaquée en déclarant irrecevable le recours formé contre elle.

Dès lors, la compétence pour prendre un règlement est un indice important pour apprécier l'intention de l'auteur de la circulaire : la circulaire ministérielle est une simple instruction parce que « le Ministre de l'Intérieur ne possède à l'égard de l'Algérie aucun droit de réglementation » — alors que celle prise par le Gouverneur de l'Algérie, identique dans son contenu, a un caractère réglementaire (47). Cette jurisprudence, qui amplifie le caractère indicatif de l'instruction, est d'autant plus critiquable qu'elle méconnaît le rôle de chef de service de son auteur (48).

Toutes ces observations nous conduisent à souligner le dilemme dans lequel est enfermé le juge et qui a été excellemment mis en relief par le Commissaire du Gouvernement Tricot dans ses conclusions sur l'arrêt Institution Notre-Dame-du-Kreisker : « Si (le juge) refuse le caractère réglementaire à toute circulaire, il réduit les garanties des administrés. Il les oblige à attendre la prise d'une décision individuelle alors que l'illégalité est déjà patente et qu'il serait opportun de la sanctionner sans attendre qu'elle ait sévi dans

---

(45) Note Lamarque sous C.E. 23 décembre 1959, Freyssinet, S. 1960, III, 227.

(46) En pratique, ce sera, en effet, la compétence de l'auteur de l'acte qui conditionnera la recevabilité du recours. Cf. Favoreu, *Du déni de justice..., op. cit.*, p. 470.

(47) C.E. 18 juin 1926, Belcacem Bentami, D. 1926, p. 78.

(48) V. Charlier, *Circulaires instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives*, J.C.P. 1954, I, n° 1169.

de nombreux cas particuliers. Mais, s'il décide trop souvent qu'il y a règlement, il consacre et renforce ce qui pourrait n'être encore que l'énoncé d'une tendance, une directive susceptible d'accommodements. » (49). Ainsi le Conseil d'Etat — quelle que soit son attitude — est toujours amené à protéger l'Administration : dans la première hypothèse, il immunise une circulaire (qui peut avoir, *de facto,* un caractère réglementaire) contre tout recours ; dans le second cas, il encourage l'Administration à l'émission de règlements sans que l'autorité émettrice soit formellement compétente pour le faire ; de ce fait, il stimule les « mauvaises tendances » de la vie administrative.

Le mal réside donc d'ailleurs : on doit le rechercher dans la cause du phénomène précédemment décrit, à savoir dans le pouvoir qu'a le Ministre de prendre des circulaires. Mais un tel pouvoir adhère à l'institution même qui l'a *naturellement* engendré (50).

§ II. — *Un pouvoir réglementaire de fait par voie d'acte-type.*

Les nécessités de la vie administrative ont conduit les autorités hiérarchiques à édicter des actes-types ou règlements-types qui serviront de modèles aux administrations subordonnées : celles-ci se borneront alors à reproduire les dispositions prévues par les autorités supérieures.

En principe, le Conseil d'Etat y voit de simples mesures d'ordre intérieur ayant seulement valeur de suggestion pour les intéressés : ce sont des actes préparatoires sans force juridique contraignante. La décision administrative qui ne leur serait pas conforme ne saurait être affectée dans sa légalité. Il en est ainsi même si ces actes-types sont insérés dans des textes de valeur juridique certaine. Le Conseil d'Etat s'exprime en ces termes : « Bien que le texte de l'arrêté attaqué... portât en tête une formule de nature à lui donner les apparences d'un arrêté exécutoire par lui-même, le Ministre..., en signant l'acte dont s'agit, n'a pas entendu édicter un règlement ayant ce caractère, mais il s'est seulement proposé d'établir un règlement-type pouvant servir de guide aux préfets. » (51). Pour aboutir à cette solution, le Conseil d'Etat se fonde ici encore sur les intentions de l'Administration — critère psychologique

(49) R.P.D.A. 1954, p. 50.
(50) V. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur, op. cit. ;* v. *infra,* p. 255 et suiv.
(51) C.E. 9 mars 1938, Union de la propriété bâtie de France, Rec. p. 253 ; C.E. 22 mai 1958, Ordre national des pharmaciens, Rec. p. 969.

subjectif très critiquable (52). Le Conseil d'Etat ne retiendra le caractère réglementaire des actes-types que si leurs dispositions ont indiscutablement une valeur obligatoire (53).

Ces solutions ne satisfont pas pleinement l'observateur qui veut analyser le support juridique de l'acte-type ; ce dernier peut être dissocié en deux éléments : un texte comprenant le contenu des actes que prendront les subordonnés et une injonction, adressée à celui auquel ce modèle est communiqué, de le reproduire dans ses propres actes (54). Les actes-types ont un caractère « semi-clandestin » lorsqu'ils ne sont pas mis en vigueur par des décrets ou arrêtés mais par des circulaires ou instructions de service (55). Par ailleurs, le fait de ne pas faire rentrer de tels actes dans une catégorie juridique bien déterminée empêche tout contrôle juridictionnel. Au Conseil d'Etat reviendrait donc d'en préciser la nature afin de pouvoir en sanctionner la mise en œuvre — ce qui supposerait la reconnaissance de leur qualité de décision exécutoire (56).

Mais le juge administratif suprême préfère, le plus souvent, ignorer l'acte-type..., ce qui équivaut à une reconnaissance implicite de son efficacité. Prenons l'exemple caractéristique qui nous est fourni par l'arrêté Sté nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité (57). En mai 1948, le Ministre de l'Intérieur avait adressé des instructions aux préfets en vue de l'interdiction du journal « Aspects de la France » — instructions accompagnées d'une formule-type d'arrêté préfectoral qui fut reproduite dans les 28 arrêtés visés par le pourvoi. Le Conseil d'Etat annula lesdits arrêtés du fait du caractère général et absolu de ces mesures non proportionnées aux risques de troubles. Mais, il ne se prononça nullement sur l'illégalité provenant de la répétition d'actes illégaux. Seul le commissaire du gouvernement, souligna M. Waline, révéla l'existence d'un arrêté-type et « encore en est-on réduit à des suppositions quant à l'identité de ce " chef d'orchestre invisible " qui paraît bien avoir été le Ministre de l'Intérieur ou celui de l'Information ».

---

(52) V. *supra*, p. 195.

(53) C.E. 24 juin 1956, Union des industries métallurgiques et minières, Dr. Soc. 1956, p. 235, concl. Chardeau.

(54) Le non-respect des normes d'un acte-type par un agent public peut être considéré par le supérieur hiérarchique comme un manquement aux devoirs de la charge et justifier une sanction disciplinaire.

(55) Rongère, *Le procédé de l'acte-type*, Th. Paris, L.G.D.J. 1968, p. 243.

(56) *Eod. loc.*

(57) C.E. 23 novembre 1951, R.D.P. 1951, p. 1098, concl. Letourneur et note Waline.

On peut regretter, avec M[lle] Rongère (58), que le Conseil d'Etat n'ait pas profité de cette affaire — particulièrement digne d'intérêt puisqu'elle ressortit au domaine de la police — pour prendre expressément position contre de pareilles méthodes qui aboutissent à un déplacement des compétences... et à une généralisation de l'arbitraire...

En effet, par le canal de l'acte-type, le Ministre déborde assez largement de son pouvoir d'instruction et se substitue à ses subordonnés, en édictant une réglementation générale. En l'espèce analysée, seul le Chef du Gouvernement pouvait, au titre de son pouvoir réglementaire de principe, interdire l'exposition ou la vente d'une publication sur l'ensemble du territoire ; et, au plan local, seul le préfet était compétent. Le Conseil d'Etat reconnaît donc tacitement et indirectement un pouvoir réglementaire de fait au profit du Ministre de l'Intérieur... qui n'est pourtant que le simple supérieur hiérarchique des préfets !

Cette caution du procédé de l'acte-type ne laisse pas de susciter la critique dans la mesure où le Conseil d'Etat apporte ainsi son soutien à un *bouleversement de l'ordre des compétences favorable aux autorités administratives supérieures.* « On a pu caractériser la modification principale qu'apporte l'existence d'un acte-type par l'idée générale de *substitution :* il y a, en effet, substitution du contenu d'un acte qui emprunte sa substance à un autre, et aussi substitution de l'auteur de l'acte-type à l'auteur de l'acte conforme que l'on pourrait presque qualifier d'auteur « apparent » de l'acte. » (59). La substitution de compétence est très nette : l'acte-type ne fera que revêtir la forme de l'acte conforme pour émerger dans le tissu des relations juridiques. Parfois même, l'autorité subalterne n'aura qu'à apposer sa signature au bas d'un arrêté-type, entièrement rédigé, qui lui aura été adressé par le Ministre. On peut, dès lors, se demander si ces pratiques ne sont pas contraires à la règle de l'indisponibilité des compétences administratives dans la mesure où le pouvoir de déterminer le contenu de l'acte est allé à l'auteur de l'acte-type — l'agent ne faisant que reproduire les dispositions prévues par le ministre. Ainsi, souligne M[me] Wiener, « Faute de se voir reconnaître les pouvoirs d'action indispensables à leur mission, les ministres se voient toujours contraints de recourir aux compétences de leurs subordonnés. Mais la jurisprudence, consciente de la nécessité de ce procédé, ne met pas obstacle à son

(58) *Op. cit.*, p. 95.
(59) *Ibid.*, p. 283.

utilisation, malgré l'entorse qu'il apporte aux règles légales de compétence et tend ainsi à reconnaître implicitement aux Ministres un pouvoir réglementaire indirect. » (60). En effet, l'auteur de l'acte-type a le pouvoir et le droit de se mettre « à la place » de l'auteur de l'acte conforme et notamment prévoir toutes clauses ou stipulations que ce dernier aurait pu lui-même y insérer (61). Ces prérogatives ont un caractère nettement exorbitant ainsi qu'en témoigne le déplacement des responsabilités qui en résulte. Ainsi, il est admis que « les cahiers des charges-types peuvent légalement contenir toutes les prescriptions qu'une commune concédante est en droit d'imposer à un concessionnaire de service public communal » (62). Le juge laisse donc s'accomplir certains actes qui n'ont aucune valeur juridique obligatoire, mais qui n'en sont pas moins impératifs pour les agents subordonnés auxquels ils sont adressés. C'est une prérogative de réglementation indirecte qui est, de la sorte, reconnue au Ministre, prérogative d'autant plus dangereuse que le juge se refuse à connaître de sa légalité. Les dangers d'une réglementation-type sont particulièrement graves en matière de police. L'acte-type traduit alors une solution jugée souhaitable par les autorités centrales, mais qui ne correspond peut-être pas aux besoins locaux dont le particularisme aurait dû être pris en considération. C'est un anachronisme que de vouloir standardiser les mesures de police.

On a pu qualifier cette opération de « phénomène d'évocation de compétence par l'auteur de l'acte-type » (63) ; mais, elle peut revêtir deux significations différentes. Dans le cadre du pouvoir hiérachique, lorsque l'autorité supérieure ordonne à l'agent public de prendre une décision conforme à l'acte-type, il y a transfert de compétence par substitution. Le Conseil d'Etat considère que les Ministres ont des pouvoirs insuffisants pour l'exercice de leur mission ; aussi, leur reconnaît-il des prérogatives hiérarchiques qui ont pour objet l'accroissement de leur pouvoir réglementaire. En dernier ressort, donc, ce ne sont pas les agents qui prennent la décision mais les autorités hiérarchiquement supérieures. Le phénomène est très original en matière de tutelle dont il dénature la portée et accroît les inconvénients : l'autorité de tutelle

(60) *Ibid.*, p. 140.
(61) C.E. 13 juillet 1962, Conseil National de l'Ordre des médecins, R.D.P. 1962, p. 739.
(62) C.E. 6 mai 1955, Chambre syndicale des entrepreneurs de Pompes Funèbres, Rec. p. 240.
(63) Rongère, *op. cit.*, p. 294.

intervient alors *avant* toute initiative de la part de l'organe contrôlé ; au contrôle, *a posteriori* de principe en la matière se substitue un contrôle *a priori* réducteur des pouvoirs des autorités décentralisées. De sucroît, il y a déplacement des responsabilités du tuteur qui ne sont plus exercées par le préfet, mais par l'organe émetteur de l'acte-type. Enfin, cette technique amène à considérer la substitution comme un moyen de tutelle de droit commun — ce qui est proprement révolutionnaire. Traditionnellement, en effet, l'autorité tutrice ne peut qu'user très exceptionnellement du pouvoir de substitution (64). L'utilisation généralisée de l'acte-type aboutirait à une solution inverse : ainsi, en matière de police, le Ministre de l'Intérieur pourrait contraindre les maires des communes de sports d'hiver à respecter des arrêtés-types en matière de sécurité, en demandant aux préfets d'user de leurs pouvoirs de substitution en cas de carence de l'autorité municipale.

Du reste, le Conseil d'Etat a bien vu le caractère particulièrement exorbitant de cette prérogative puisqu'il en a réservé l'utilisation aux Ministres, c'est-à-dire, aux autorités administratives suprêmes : les préfets n'ont pas ce pouvoir vis-à-vis des maires (65). On mesure du reste là l'intérêt et les limites de la reconnaissance, par le juge, du pouvoir de réglementation par voie d'acte-type qui doit permettre l'uniformisation de décisions applicables à l'ensemble du territoire national. D'ailleurs, les autorités locales pourraient toujours aggraver une réglementation-type qui leur paraîtrait mal adaptée aux circonstances particulières de leur circonscription.

Ainsi, parce qu'il se refuse à reconnaître globalement un pouvoir réglementaire autonome aux autorités administratives supérieures, le Conseil d'Etat est amené à valider l'exercice d'une prérogative particulièrement exorbitante qui consiste en un pouvoir réglementaire de fait. Réglementation de fait qui n'obéit à aucune règle juridique préétablie ; réglementation de fait qui échappe à toute censure juridictionnelle ; réglementation, dès lors, particulièrement dangereuse pour les administrés.

---

(64) De Laubadère, *Traité élémentaire..., op. cit.*, I, p. 92.

(65) C.E. 29 juillet 1950, Fédération nationale des syndicats de grossistes, Rec. p. 482.

CHAPITRE III

EXTENSION DU POUVOIR HIERARCHIQUE

Le juge administratif reconnaît au chef de service des prérogatives spécifiques sur l'ensemble des agents qui lui sont soumis. Nous avons souligné, dans la 1re partie de la présente étude, l'autonomie de la vie intérieure des services publics. Ici, nous voudrions mettre en relief l'accroissement des pouvoirs des supérieurs hiérarchiques sur leurs administrations.

Il convient d'abord de rappeler l'importance de la jurisprudence Jamart (1) qui reconnaît aux Ministres le pouvoir de fixer les conditions d'organisation et de fonctionnement des services placés leur autorité et de réglementer la situation des fonctionnaires qui y sont affectés. « Ce pouvoir d'auto-organisation du service répond à une nécessité non pas même juridique ou logique, mais biologique. » (2). Le Conseil d'Etat le qualifie expressément de « pouvoir réglementaire » (3). Mais il convient de ne pas le confondre avec le pouvoir réglementaire précédemment étudié (4) qui visait tous les administrés ; le présent pouvoir réglementaire ne concerne que l'ensemble des services d'un ministère et des agents qui y collaborent : tout au plus, pourra-t-il s'exercer sur les personnes qui utilisent ces mêmes services (5).

En principe, tout chef de service devrait détenir, en application de cette jurisprudence, un pouvoir réglementaire propre, pour

---

(1) C.E. 7 février 1936, Jamart G. A., p. 229.

(2) Note Rivero sous C.E., 1936, Jamart précité, S. 1937, III, 113.

(3) C.E. 24 juin 1961, Syndicat national indépendant et professionnel des C.R.S., Rec. p. 430 : en cette affaire, le juge reconnaît la compétence du Ministre de l'Intérieur pour réglementer la durée du travail hebdomadaire des C.R.S. « dans l'exercice du pouvoir réglementaire dont il dispose pour l'organisation des services placés sous son autorité » ; dans le même sens, C.E. 24 octobre 1962, Siadour, A.J.D.A., 1963, II, 37.

(4) V. *supra*, Chapitre II, p. 183 et suiv.

(5) Ainsi en est-il de la réglementation des épreuves d'un examen ou concours.

l'organisation de ses services (6). Mais assez curieusement, cette prérogative n'est reconnue qu'aux autorités suprêmes de l'Etat (7), des collectivités locales (8) ou des établissements publics (9). Par contre, le Conseil d'Etat a toujours dénié ce droit aux chefs du personnel ou de service d'un ministère (10).

Quoi qu'il en soit, c'est bien l'intérêt du service qui fonde l'existence de ces prérogatives. Il convient maintenant d'en préciser l'objet.

En pratique, ce pouvoir hiérarchique s'exerce soit dans l'organisation, soit dans le fonctionnement du service.

— *Section I* — Le pouvoir hiérarchique dans l'organisation du service.

— *Section II.* — Le pouvoir hiérarchique dans le fonctionnement du service.

SECTION I. — LE POUVOIR HIERARCHIQUE DANS L'ORGANISATION DU SERVICE.

Un service doit être placé sous l'autorité d'un chef disposant du pouvoir nécessaire pour en assurer la bonne gestion ; ce pouvoir est autonome et spontané : il est indispensable pour la vie même de l'institution administrative. Le Conseil d'Etat n'a pu que reconnaître au chef de service les prérogatives inhérentes à l'exercice de sa fonction (11). Nous en retiendrons deux illustrations caractéristiques.

D'abord, les autorités administratives peuvent refuser à certains candidats la possibilité de concourir pour des emplois publics (12). En ce domaine, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est

---

(6) V. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Th. Paris, L.G.D.J. 1968, p. 374.

(7) Les ministres : C.E., 7 février 1936, Jamart, préc.

(8) Les préfets ou les maires : C.E., 23 mars 1962, Casabianca, Rec. p. 207 ; C.E., 9 mars 1966, Meyer, Rec. p. 200.

(9) C.E., 19 janvier 1962, Bernardet, Rec. p. 49.

(10) C.E., 10 avril 1959, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., A.J.D.A. 1967, II, 296.

(11) Wiener, *op. cit.*, p. 232 et suiv. ; v. la jurisprudence citée par l'auteur p. 315 et suiv. concernant les pouvoirs de l'autorité hiérarchique sur le choix des agents.

(12) C.E., 28 mai 1954, Barel, G.A., p. 412 ; jurisprudence constante : C.E. 21 décembre 1960, Serra et Vicat-Blanc, D. 1961, p. 421, note Chapus.

très grand, le rejet des candidatures pouvant être fondé sur l'immoralité, le comportement ou les attitudes du postulant. Les prérogatives de l'autorité hiérarchique reposent sur les nécessités du service qui correspondent ici à des « convenances administratives » (13). L'autorité supérieure peut également écarter certains agents d'un concours de promotion interne en se fondant sur la manière de servir — et le juge n'apprécie nullement le comportement de l'agent (14). Cette attitude jurisprudentielle est fondée sur le fait que le juge ne saurait décider de « l'intérêt du service » ; aussi, se borne-t-il à vérifier l'existence et l'exactitude des motifs invoqués et se refuse t-il à contrôler leur qualification juridique. Il convient de bien souligner le caractère exorbitant des prérogatives ainsi reconnues aux autorités hiérarchiques. Prenons l'affaire Barel ; certes, la manifestation d'opinions peut être contraire à la réserve qui s'impose à tout agent public — mais, ici, le Conseil d'Etat va plus loin puisqu'il admet que « le comportement du candidat peut être considéré comme étant la base du comportement ultérieur du fonctionnaire » (15). En conséquence, l'Administration peut exclure un candidat de la liste d'un concours, en inférant de sa conduite actuelle, ce que pourrait être son comportement futur. Nous sommes là dans le domaine de l'hypothétique qui n'en est pas moins la source d'un important pouvoir de l'Administration risquant de porter atteinte aux libertés. Pour pallier les dangers d'une semblable solution, M. Letourneur, dans ses conclusions sur l'arrêt Barel, proposait de reconnaître aux individus remplissant les conditions légales ou réglementaires un véritable droit à concourir ; dès lors, « la décision d'exclusion qui ne procèderait plus d'un pouvoir d'appréciation de son auteur, mais s'analyserait dans l'atteinte à un droit, présenterait le caractère d'une véritable sanction exigeant la communication préalable des griefs à l'intéressé » (16). En pareil cas, cette communication a, depuis lors, été exigée par le Conseil d'Etat lorsque la mesure litigieuse a été prise pour des motifs relatifs à la personne du candidat (17). Mais celui-ci ne s'est pas vu reconnaître pour autant un véritable droit à concourir — et le Conseil continue à n'exercer qu'un contrôle très lâche sur la nature des motifs avancés par l'Administration. Cette jurisprudence est

(13) Guillois, *De l'arrêt Bouteyre à l'arrêt Barel,* Mélanges Mestre, Sirey 1956, p. 308.
(14) C.E. 23 février 1944, Chauveau, Rec. p. 64.
(15) Mathiot, note sous C.E. 28 mai 1954, Barel, S. 1954, III, 102.
(16) Rec. 1954, p. 323.
(17) C.E. 21 décembre 1960, Serra et Vicat-Blanc, préc.

regrettable et l'on pourrait souhaiter que le juge s'inspirât du contrôle qu'il exerce en matière de police (18).

Par ailleurs, les autorités hiérarchiques disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour la fixation de l'emploi des fonctionnaires : les changements de postes sont effectués librement (19) ; libres également sont les nominations après concours : l'Administration peut ne nommer personne ou procéder à des nominations tardives ; la seule obligation qui lui incombe, au cas où elle procède à nomination, est de respecter l'ordre fixé par le jury. Egalement, si le grade confère à son titulaire le droit d'occuper l'un des emplois qui lui sont réservés (20), par contre, le Conseil d'Etat admet que l'adaptation des structures administratives aux exigences du service public peut conduire l'Administration à confier aux titulaires d'un grade donné des fonctions d'un niveau inférieur (21). Dans le même sens, la promotion n'est pas considérée comme un droit, mais relève d'une compétence largement discrétionnaire du supérieur hiérarchique dont la seule obligation est de « procéder à un examen préalable des titres du requérant » (22). La promotion des agents du service relève, au fond, de sa seule appréciation (23).

La jurisprudence consacre donc l'idée que « le chef de service est libre d'utiliser le fonctionnaire là où ses services paraissent les plus efficaces, de placer chaque subordonné dans l'emploi où il peut le mieux servir, de réaliser au maximum l'adaptation du fonctionnaire à sa fonction » (24).

Responsable de son service, le supérieur hiérarchique possède donc toutes les prérogatives qui lui permettent d'en assurer l'organisation ; le Conseil d'Etat lui reconnaîtra également les prérogatives qui sont nécessaires au bon fonctionnement de ce même service.

---

(18) En ce sens, Mathiot, art. cit.

(19) C.E. 30 novembre 1951, Zegbhib, Rec. p. 657.

(20) Art. 2 de l'ord. du 4 février 1958 portant statut général de la fonction publique.

(21) C.E. 10 janvier 1958, Portes et autres, Rec. Tables, p. 928.

(22) C.E. 18 juin 1954, Jeannin, Rec. p. 316.

(23) V. Di Malta, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, Th. Paris, L.G.D.J. 1960, p. 107.

(24) J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur, op. cit.*, p. 133.

SECTION II. — LE POUVOIR HIERARCHIQUE DANS LE FONCTIONNEMENT DU SERVICE.

Les nécessités du fonctionnement des services publics peuvent conduire l'autorité hiérarchique à prendre des mesures contraignantes qui permettent d'assurer la continuité de leur gestion. Ainsi en est-il des possibilités de limitation du droit de grève reconnues par le Conseil d'Etat aux chefs de service.

Qu'il nous suffise de rappeler que, selon le Préambule de la Constitution de 1946 encore en vigueur, le droit de grève « s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Mais aucun texte législatif n'étant intervenu, le Conseil d'Etat habilite le gouvernement à suppléer les lacunes du législateur, à réglementer l'exercice de ce droit et à fixer les limites de son utilisation (25). Le Conseil d'Etat s'exprime généralement en ces termes : « Considérant qu'il appartient au gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue desdites limites ; ...que *dans le cadre de ses prérogatives gouvernementales,* le Ministre des Travaux Publics... pouvait légalement prendre des mesures interdisant ou réglementant par avance l'exercice du droit de grève par le personnel de la S.N.C.F.... » (26). Il convient du reste de souligner que les pouvoirs du Ministre s'étendent à tous les services soumis à son autorité hiérarchique.

A qui le Conseil d'Etat reconnaît-il de semblables prérogatives de limitation du droit de grève ? La réglementation de ce droit paraissant liée au pouvoir d'organisation du service, le Conseil d'Etat a d'abord reconnu à tout chef de service, dans le cadre de ses attributions, la possibilité d'interdire à ses agents de faire grève (27). Dès lors, la volonté du juge administratif suprême semblait être de doter l'Administration d'un véritable pouvoir normateur analogue à celui réservé par le Préambule au législateur. Mais sous cet angle, la jurisprudence n'était-elle pas inconstitutionnelle ? On pouvait le

---

(25) C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, J.C.P. 1950, II, 5681.

(26) C.E. 23 octobre 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, Rec. p. 484 ; également C.E. 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., J.C.P. 1966, II, 14802 ; C.E. 4 février 1966, Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radio-électriques, Rec. p. 80 ; C.E. 21 octobre 1970, Syndicat général des fonctionnaires des impôts F.O., Rec. p. 596.

(27) C.E. 19 janvier 1962, Bernardet, D. 1962, p. 202, note Leclercq.

soutenir et c'est ce doute qui a conduit le Conseil d'Etat à adopter une conception plus restrictive. Désormais, le juge semble n'avoir reconnu semblable prérogative qu'au profit « du Gouvernement et des seuls Ministres qui sont seuls à avoir normalement la qualité de chefs de service, en même temps qu'ils sont seuls à même d'apprécier au niveau du Gouvernement les nécessités de l'ordre public » (28). Ainsi, dans l'affaire Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., semblable compétence fut refusée au directeur général d'un établissement public.

Comment expliquer la reconnaissance de pareilles prérogatives ? Elles correspondent à la mission d'intérêt général dont sont investis les ministres, dans le but de préserver un intérêt public évident. En ce sens, sont licites les interdictions ou limitations du droit de grève en vue d'assurer la sécurité du trafic aérien (29), la sécurité générale et l'ordre public (30), le bon fonctionnement des liaisons gouvernementales (31), etc... Certains auteurs ont expliqué de semblables prérogatives en soulignant que le juge considérait la grève dans la fonction publique comme constitutive de circonstances exceptionnelles, au sens large des termes (32). Cette opinion ne nous paraît guère convaincante : outre le fait que le Conseil d'Etat ait officiellement rompu avec son ancienne jurisprudence Winkell, jamais le juge n'a, dans ses arrêts, mentionné une semblable référence — qu'il n'omet pourtant pas de faire dans de tels cas ; de surcroît cette interprétation est incompatible avec la reconnaissance constitutionnelle du droit de grève telle qu'elle résulte du Préambule de la Constitution de 1946. En réalité, ainsi que le soulignait un éminent porte-parole du Conseil (33) le fondement de la réglementation ministérielle de la grève réside « dans le pouvoir réglementaire plus général dévolu (au Ministre) pour assurer le fonctionnement des services relevant de son autorité ». C'est en dernier ressort la suprématie du pouvoir hiérarchique qui fonde cette réglementation.

Mais alors, comment expliquer que les prérogatives hiérarchiques puissent s'exercer *sine lege, extra legem, ultra legem* voire *contra*

---

(28) Concl. Bertrand sur C.E. 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., R.D.P. 1966, p. 331.

(29) C.E. 19 janvier 1962, Bernardet, précité.

(30) C.E. 4 février 1966, Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radio-électriques, précité.

(31) C.E. 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., précité.

(32) Douence, *op. cit.*, p. 391.

(33) Concl. Bertrand sur C.E. 23 octobre 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, R.D.P. 1964, p. 1214.

legem — en rappelant que ladite loi est, en la matière, de nature constitutionnelle puisqu'inscrite dans le Préambule de la Constitution de 1946 ? Seule la nécessité d'assurer la continuité du service public et donc de maintenir l'ordre public le permet. Bien qu'il n'en soit pas fait expressément mention dans l'arrêt Dehaene, ce fondement est sous-jacent (34). En effet, la notion d'ordre public dépasse largement le concept de légalité (35) : autoriser le pouvoir réglementaire à suppléer un législateur systématiquement défaillant, c'est assurer en même temps la bonne marche des affaires de l'Etat en évitant la paralysie de certains services essentiels à la vie du pays.

Du reste la nécessité de cette réglementation du droit de grève est telle que l'intervention de la loi du 31 juillet 1963 n'en a pas tari la source : ladite loi ne constitue pas la réglementation gobale du droit de grève annoncée par le Préambule de la Constitution, mais une législation partielle sur la grève dans les services publics laissant place à toutes autres mesures complémentaires émanant des autorités administratives et permettant au Gouvernement d'assurer la continuité du fonctionnement des Pouvoirs Publics (36). Il revient au Gouvernement de compléter cette réglementation législative par des mesures appropriées, adaptées à la nature et aux besoins de chaque service (37).

Ces prérogatives hiérarchiques ne trouvent pas à s'exercer que pour la réglementation du droit de grève : elles débordent très largement ce cadre. Ainsi le Conseil d'Etat a reconnu la compétence du Ministre de l'Intérieur pour réglementer la durée hebdomadaire du travail des C.R.S. « dans l'exercice du pouvoir réglementaire dont il dispose pour assurer le fonctionnement des services de la Sûreté Nationale » (38). L'intérêt du service est la mesure et le but de ces prérogatives. Dans le même sens, on peut signaler que le Directeur Général de la R.T.F. tient, de sa qualité de chef de service, le pouvoir de prendre des réglements touchant aux statuts des agents de l'établissement, en application d'instructions ministérielles (39).

---

(34) V. Concl. Gazier sur C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, J.C.P. 1950, II, 5681.

(35) Bernard, *La notion d'ordre public..., op. cit.*, p. 117.

(36) V. exposé des motifs du projet de loi, Documents de l'Assemblée Nationale.

(37) C.E. 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., Rec. p. 82 ; C.E. 9 février 1966, Fédération nationale de l'Aviation Civile, A.J.D.A. 1966, II, 249.

(38) C.E. 24 juin 1961, Syndicat national indépendant et professionnel des C.R.S., Rec. p. 430.

(39) C.E. 10 janvier 1967, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., A.J.D.A. 1967, II, 296.

Plus généralement, tout supérieur hiérarchique peut prendre les mesures qui permettent d'assurer le fonctionnement quotidien du service public (40). Mais, nous l'avons vu, le Conseil d'Etat accorde beaucoup plus de prérogatives aux autorités administratives suprêmes que sont les Ministres (41). Ceux-ci, du fait de leur situation au sein des instances gouvernementales, se voient seuls reconnaître la plénitude des prérogatives qui peuvent être accordées pour permettre le bon fonctionnement du service.

---

(40) C.E. 1er juin 1953, Hourt, Rec. p. 254.
(41) V. *supra* en matière de réglementation du droit de grève.

CHAPITRE IV

EXTENSION DU POUVOIR DE POLICE

Le domaine de la police administrative illustre clairement les conflits de la liberté et de l'autorité, l'aménagement de la première dépendant d'une intervention de la seconde. Le maitien de l'ordre, en effet, ne peut se faire sans toucher aux libertés ou, du moins, à certaines d'entre elles. Dans ce conflit, les parties ne sont pas sur un pied d'égalité. La supériorité est assurée aux gouvernants qui disposent du monopole de la force armée et leur action est *a priori* légitimée dans la mesure où ils sont censés agir dans l'intérêt général. Par principe, l'intervention de l'autorité de police doit permettre le maintien ou le rétablissement de l'ordre public. Or, le Conseil d'Etat étend considérablement le domaine de l'ordre public, ce qui accroît d'autant les compétences des organes de police.

— *Section I.* — Extension de la notion d'ordre public.

— *Section II.* — Extension des compétences de police.

SECTION I. — EXTENSION DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC.

Tous les conflits tournent autour de l'idée d'ordre public qui doit être envisagé sous son aspect de police. Il s'agit, selon la définition donnée par M. Costa (1), de « l'ensemble des règles destinées à prévenir le désordre... à maintenir un certain ordre ». La notion, ainsi résumée, est floue. Elle repose sur un fondement philosophique et sociologique. « Les règles de l'ordre public sont celles que

---

(1) J. L. Costa, *Liberté, ordre public et justice en France,* Cours I.E.P., Paris, 1964-1965, p. 178.

le groupe social reconnaît à un moment donné comme nécessaires pour assurer la vie du groupe telle que celui-ci la conçoit. » (2). L'ordre public est donc, pour reprendre la pensée du Doyen Duguit, une représentation de la bonne organisation de la société émanant de la masse des consciences individuelles. Mais cette représentation de l'ordre social, qui la constatera si ce n'est le Pouvoir lui-même ? L'idée de droit, représentation d'un certain ordre social, est incarnée par ce Pouvoir (3). Dès lors, il apparaît que si l'ordre public est bien ressenti comme une nécessité par les administrés, son contenu exact est déterminé par les organes de l'Etat. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat laisse une latitude maximum d'action à l'Administration, seule juge de l'ordre public : les autorités administratives doivent déterminer librement l'opportunité de leur intervention ; un véritable « droit à l'abstention » (4) leur est reconnu sauf au cas de dangers caractérisés (5). Par ailleurs, lorsque l'Administration agit, son intervention est susceptible de revêtir différentes modalités d'intensité variable. Une certaine corrélation doit alors exister entre la gravité de la mesure prise et celle du trouble à éviter. M. Teitgen a, dans sa thèse (6), dégagé les règles qui régissent ces mesures de police. Il serait superflu de les rappeler ici. Qu'il nous suffise de prendre conscience du caractère vague des normes de référence dont dispose le Conseil d'Etat. En effet, l'ordre public ne recouvre pas une notion préexistante (7) : son contenu s'enrichit quotidiennement par une adaptation au milieu qu'il doit régir. En pratique, c'est le juge administratif qui en recherchera la substance *a posteriori* pour déterminer si la mesure administrative attaquée tendait bien à sa réalisation. L'esprit de la politique jurisprudentielle, en la matière, peut être dégagé à partir des conclusions Corneille dans l'affaire Baldy (8) ; le Commissaire du Gouvernement précisait : « Il n'est pas nécessaire que la mesure de police soit justifiée par des troubles déjà survenus, des faits positifs ; il suffit qu'elle vise de façon précise des faits éventuels... que le fait prohibé par l'acte attaqué soit susceptible, d'après l'expérience

(2) *Eod. loc.*
(3) Burdeau, *Droit Constitutionnel*, L.G.D.J., 1969, p. 36.
(4) Bernard, *op. cit.*, p. 92.
(5) En de pareilles circonstances, l'Administration a une obligation stricte de prévenir les troubles, sous peine de voir engager sa responsabilité (C.E. 23 octobre 1959, Doublet, D. 1959, p. 1235).
(6) P. H. Teitgen, *La police municipale*, Th. Nancy, 1934, p. 383 et suiv.
(7) Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité...*, *op. cit.*, p. 98-99.
(8) Concl. Corneille sur C.E. 10 août 1917, Rec. p. 637.

passée, d'après des analyses de circonstances, d'amener des troubles ou simplement de regrettables contre-manifestations. » On mesure le caractère obligatoirement paradoxal du raisonnement auquel se livre le Conseil d'Etat qui se fondera sur de simples conjectures : la solution par lui donnée est déduite d'un avenir hypothétique qui n'a jamais été vécu. La condition supposée virtuellement réalisée, le Conseil d'Etat prétend en mesurer le degré de gravité.

Le juge administratif ne dispose donc que de références imprécises qui le conduisent à étendre les compétences de police des autorités administratives.

SECTION II. — EXTENSION DES COMPETENCES DE POLICE.

La loi désigne les titulaires des pouvoirs de police et indique, souvent de façon très vague, les modalités de leur action. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il dû préciser les compétences des autorités de police : il l'a fait par une jurisprudence très compréhensive qui accroît les moyens d'action des Pouvoirs Publics.

1. Tout d'abord, le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration le pouvoir de restreindre l'usage d'une liberté légalement définie. Ainsi, en est-il de la jurisprudence relative à la liberté de réunion. En 1933, dans le célèbre arrêt Benjamin, le Conseil d'Etat a laissé à l'autorité municipale la possibilité d'interdire une réunion sur le territoire de sa commune si des troubles graves sont à craindre et si le maire ne dispose pas des moyens de les réprimer (9). L'interdiction d'une réunion sera légitimée si aucun autre moyen ne s'avère efficace. De même qu'en cas d'inexécution d'une décision administrative, il existe une voie judiciaire normale et une voie d'exécution forcée exceptionnelle, de même, dans la réglementation des libertés publiques, le juge considère qu'il convient de permettre au pouvoir d'agir par la voie extraordinaire et donc de supprimer exceptionnellement l'exercice d'une liberté légalement définie. Cette solution procède d'une interprétation très large de l'article 97 du Code d'Administration Communale relatif aux pouvoirs de police du maire.

---

(9) C.E. 19 mai 1933, S. 1934, III, 1, note Mestre.

A ce titre, l'arrêt est « *à verser au dossier de la crise du libéralisme* » (10) : reconnaître à l'Administration le pouvoir d'interdire une réunion équivaut à une violation pure et simple de la loi et de la Constitution. Déjà un commentateur autorisé de la loi de 1868 sur les réunions publiques avait pu écrire : « Un point est hors de toute contestation : les maires n'ont aucun pouvoir préventif en ce qui concerne les réunions publiques ; ils ne peuvent porter aucun obstacle à la pratique du droit de réunion légalement exercé. » (11). Cette affirmation est d'autant plus remarquable que cette loi de 1868 soumettait encore la liberté de réunion à un régime préventif, celui de l'autorisation préalable. Puis la loi du 30 juin 1881 posa dans son art. 1er le principe selon lequel « les réunions publiques sont libres », ce qui permettait au Doyen Hauriou d'affirmer qu'une autorité administrative ne saurait porter atteinte à une telle liberté légalement définie : « Il est clair que les mesures d'interdiction sont essentiellement exceptionnelles puisqu'elles s'attaquent directement à des libertés et que nous vivons sous un régime de liberté. La conséquence logique au point de vue du droit c'est que l'interdiction par arrêté de police ne saurait être prononcée sans un texte de loi. Nos libertés sont la garantie des lois ; il est entendu que les règlements qui, dans l'ensemble doivent se borner à assurer l'exécution des lois, ne doivent porter aucune atteinte à une liberté à moins que le principe de cette atteinte ne se trouve dans une loi. » (12).

Depuis lors, il apparaît même que cette jurisprudence, par-delà son caractère illégal, est inconstitutionnelle. M. Rivero en a fait la brillante démonstration dans sa note publiée sous la récente décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971 (13) rendue dans le domaine voisin de la liberté d'association. Les règles essentielles dégagées par les lois de 1881 et de 1907 sur la liberté de réunion sont certainement à ranger — tout comme celles émanant de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association — « au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution ». Ces principes s'imposent à tous les Pouvoirs Publics. L'économie en est claire : les réunions publiques peuvent se former

(10) Mestre, note préc., p. 3.
(11) Dubois, *Commentaire de la loi sur les réunions publiques*, 1869, p. 142.
(12) Note sous C.E. 3 décembre 1897, Ville de Dax, S. 1898, III, 146.
(13) A.J.D.A. 1971, p. 541. En ce sens, on peut également se reporter à l'article de M. Jacques Robert, *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, R.D.P. 1971, p. 1171 et notamment p. 1189.

librement sans aucune formalité particulière. De ce fait, la liberté de réunion est soumise à un pur régime répressif. Or, l'interdiction est une mesure préventive qui tend à empêcher l'exercice d'une liberté. Le législateur lui-même ne saurait prévoir une semblable mesure contraire aux principes dégagés en 1907. *A fortiori,* l'interdiction d'une réunion par une simple autorité administrative est-elle inconstitutionnelle.

2. Par ailleurs, le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration le pouvoir de limiter l'utilisation de libertés non légalement définies. Ces prérogatives sont particulièrement nettes dans le domaine de la police cinématographique. L'arrêt, Société les films Lutétia, est très révélateur (14). Il est reconnu au maire la possibilité d'interdire sur le territoire de sa commune la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé. Certes, en vertu d'une jurisprudence ancienne, les mesures de police prises à l'échelon national pouvaient être aggravées au plan local (15). Mais, à cette époque, les autorités locales ajoutaient seulement à la réglementation nationale toutes les prescriptions supplémentaires que les circonstances pouvaient commander dans la localité. Désormais, l'autorité municipale peut interdire la projection d'un film, alors même que le visa ministériel de censure a été accordé : son intervention annule alors totalement, sur un territoire limité, les effets de l'autorisation nationale. D'autre part, et surtout, semblable prohibition municipale pourra intervenir lorsque « la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, *à raison du caractère immoral dudit film* ou de circonstances locales, *préjudiciable, à l'ordre public* ». La projection du film peut donc être interdite, sur le territoire de la commune, dans deux hypothèses bien différentes : soit en cas de menace de troubles, hypothèse classique déjà envisagée avec l'arrêt Benjamin, soit du fait de l'immoralité du film. Cette deuxième branche de l'alternative doit retenir notre attention. L'argumentation jurisprudentielle semble ici peu cohérente : l'examen de la moralité a déjà été fait par la commission de censure qui, par hypothèse, a répondu favorablement ; par ailleurs, la notion de préjudice à l'ordre public doit être envisagée sous l'angle « matériel et extérieur » et non sous l'aspect « conscience intérieure » de l'administré (16). Telle était, du reste,

(14) C.E. 18 décembre 1959, G.A., p. 474.

(15) C.E. 7 juin 1902, Maire de Néris-les-Bains, G.A., p. 44.

(16) Hauriou, *Précis de droit administratif,* 12e éd., p. 549.

l'opinion du commissaire du gouvernement M. Mayras qui déclarait : « Il nous paraît impossible d'admettre que la seule atteinte à la moralité publique, c'est-à-dire le trouble dans les consciences, soit, en elle-même, un motif justifiant l'interdiction de représentation d'un film s'il n'est pas établi que des désordres matériels risqueraient d'en résulter. » (17). Aussi, concluait-il en l'espèce à l'annulation de l'interdiction appuyée sur le caractère exclusivement immoral du film visé, car la morale ne doit pas être un but valable de police. Mais le Conseil d'Etat a dépassé ces considérations et admis qu'en certains cas l'immoralité d'un film — du fait de circonstances locales particulières — pouvait préjudicier à l'ordre public (18). En pratique, le juge appréciera très largement ces circonstances locales : même en leur absence... il s'y référera pour légitimer l'intervention municipale ! (19). Par ailleurs, il a admis que la présence d'une seule scène immorale dans le film pouvait justifier son interdiction totale (20).

Cette jurisprudence, qui charge l'autorité municipale de prérogatives exorbitantes, est des plus critiquable. D'abord, la présente solution aboutit à substituer en matière de moralité la compétence des autorités locales à celle du Ministre. Ensuite, on peut considérer la moralité comme une notion objective, insusceptible de varier *ratione loci* ; dès lors, l'interdiction locale apparaît fondée sur un motif général de moralité mal dissimulé par le fait que le maire tente vainement de replacer sa prohibition sur le plan local en invoquant « la vague d'immoralité » qui aurait déferlé à ce moment sur le territoire de sa commune. C'est en réalité un pouvoir d'interdiction générale des films contraires à la moralité que le Conseil d'Etat reconnaît aux autorités municipales. Ainsi, dans l'affaire Sté les films Lutétia, les arrêtés d'interdiction comportaient tous un même motif de principe : « Considérant qu'il y a lieu d'interdire sur le territoire de la commune, les films cinématographiques contraires à la décence et aux bonnes mœurs. » (21). Au fond, il y a là une interdiction générale que le Conseil d'Etat n'a pas voulu reconnaître ; aussi a-t-il insisté sur le caractère indi-

(17) Concl. sur C.E., 18 décembre 1959, Sté des Films Lutetia, S. 1960, III, 101.
(18) C.E. 14 octobre 1960, Sté des films Marceau, Rec. p. 533.
(19) C.E. 9 mars 1962, Sté nouvelle des établissements Gaumont, A.J.D.A. 1962, II, 370, et les concl. de M. Gand qui souligne qu'aucune circonstance locale ne pouvait être légitimement invoquée en l'espèce...
(20) C.E. 23 décembre 1960, Union générale cinématographique, R.D.P. 1961, p. 740, note Waline.
(21) V. note Weil, D. 1960, p. 171.

viduel des actes d'interdiction du fait que chacun d'eux visait un film bien déterminé. On pourrait cependant expliquer la position du Conseil d'Etat si l'on reprenait une distinction que proposait M. Teitgen (22) et si l'on soutenait que la mesure d'interdiction n'a pas eu pour but le redressement de la morale, mais la sauvegarde de la moralité. « Il en résulte, soulignait l'auteur dans sa thèse, que la police municipale des spectacles, par exemple, n'a pas à les juger du point de vue de la morale, mais à rechercher seulement s'ils sont susceptibles, étant donné la mentalité moyenne du milieu, de scandaliser le public de l'agglomération. » (23).

Le Conseil d'Etat accroît donc les pouvoirs de l'Administration puisqu'il accepte, sans aucun texte, que la morale soit un but légitime de police. Ainsi l'Administration peut porter atteinte à la liberté de conscience et imposer un certain ordre moral. Ce qui n'est pas sans rappeler le totalitarisme des antiques cités, comme on l'a souligné (24).

Toutes ces solutions jurisprudentielles conduisent à se demander si la liberté est encore bien la règle et la restriction de police l'exception, selon la formule du Commissaire du Gouvernement Corneille (25). Du reste, sous la plume de Commissaires contemporains, on trouve des présentations bien différentes qui renversent la portée du principe sus-rappelé. M. Chardeau, dans ses conclusions sur l'arrêt Grange (26) n'affirme-t-il pas que « (dans) le domaine de la protection de la sécurité publique, *le juge a pour souci essentiel de ne pas entraver l'action des autorités publiques* tout en s'efforçant de concilier les nécessités de l'ordre public avec le respect des libertés individuelles ». Ce changement de perspectives risque de porter gravement atteinte aux droits et libertés des particuliers.

---

(22) *Op. cit.*, p. 35.

(23) *Eod.* loc. Du reste, le Conseil d'Etat prend désormais en considération les circonstances locales pour apprécier la validité de l'interdiction d'un film (C.E., 23 février 1966, Sté Franco-London Film et Sté « Les Films Gibe », Rec. p. 1121).

(24) En ce sens, note P. Weil, préc., p. 173.

(25) Concl. Corneille précitées.

(26) Concl. sur C.E. 31 janvier 1959, Rec. p. 85.

CHAPITRE V

ACCROISSEMENT DES MOYENS D'EXECUTION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

En droit commun, l'exécution d'un acte se fait par l'intermédiaire du juge judiciaire qui peut adresser des injonctions aux particuliers et sanctionner l'inexécution de leurs obligations. Cette règle traduit le principe selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même.

Il en va très différemment en droit public. Généralement, le législateur prévoit des sanctions au cas d'inexécution d'un acte administratif. Ainsi l'article R 26 du Code Pénal punit d'une amende ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits. Ailleurs, ce sont des textes particuliers qui prévoient des sanctions.

Mais quelle solution adopter si le législateur n'a prévu aucune sanction : l'acte administratif demeurera-t-il impunément inexécuté ? Alibert (1) répondait affirmativement : « Si la loi n'a prévu aucune sanction, le législateur ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Il se trouve avoir édicté une obligation sans sanction et il lui appartient, s'il le juge utile, de compléter la loi. Tant qu'il ne l'aura pas fait, l'absence de sanction persistera et la loi ne sera pas exécutée... l'exécution sera judiciaire ou elle ne sera pas. » Mais c'est une solution inverse qu'a adoptée la jurisprudence qui a reconnu à l'Administration le privilège de l'exécution forcée. Le Tribunal des Conflits (2) et le Conseil d'Etat ont estimé que la loi ne pouvait demeurer lettre morte et ont lié indissolublement coercition et obligation : « ...Dès lors, l'autorité administrative doit user par exception de la force publique pour assurer, en dehors du juge impuissant, l'exécution matérielle des injonctions du législateur. » (3). Il faut bien saisir la portée de cette jurisprudence : l'exécution forcée

---

(1) R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel..., op. cit.*, p. 270.
(2) T.C. 2 décembre 1902, Sté Immobilière de Saint-Just, G.A., p. 47.
(3) Alibert, *op. cit.*, p. 270.

dépasse, par son ampleur, l'intervention du juge pénal ; celui-ci, du fait de la prohibition des arrêts de règlement ne peut, en tout état de cause, donner à la loi qu'une sanction individuelle dans l'affaire qui lui est soumise. A l'inverse, la prérogative d'exécution forcée reconnue à l'Administration par le juge administratif a une valeur générale : elle a le même effet que si elle était assurée par le législateur ; elle aboutit à la substitution de l'administrateur au législateur pour édicter une sanction. Par ce biais, le Conseil d'Etat autorise l'Administration à combler les lacunes de la législation ; aussi, pourrait-on soutenir qu'en droit public français, il n'y a pas de lois imparfaites... Il est vrai, fort heureusement, que les conditions posées à l'exercice de l'exécution forcée enlèvent à cette règle une portée abusive. Le principe n'en reste pas moins essentiellement justifié par des considérations pratiques ainsi que l'avait souligné Romieu dans ses conclusions sur la décision Sté Immobilière de Saint-Just : « L'exécution forcée est un moyen empirique, justifié légalement à défaut d'autre procédé, par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi. » (4).

Cette prérogative très exorbitante du droit commun est sans doute trop bien protégée par le juge dans la mesure où son utilisation abusive par l'Administration n'est pas assez sévèrement sanctionnée.

L'exécution forcée illégale entraîne seulement en principe la responsabilité pour faute de son auteur devant le juge administratif (5) : son régime est donc identique à celui de toutes les fautes de l'Administration alors que l'impact de la faute est souvent considérable pour les administrés et qu'une telle exécution a pu avoir des conséquences très graves, voire dramatiques à leur égard. En outre, sur un plan strictement juridique, l'illégalité de l'exécution forcée réalisée en l'absence de toute urgence ou malgré l'existence de sanctions est telle qu'elle est constitutive au fond d'une voie de fait. Aussi, peut-on regretter le cantonnement trop strict de la notion de voie de fait dont le Conseil d'Etat ne reconnaît l'existence, en la matière, que si l'exécution forcée illégale a porté atteinte à une liberté fondamentale ou au droit de propriété (6). Cette limitation

---

(4) S. 1904, III, 17. Pour la majeure partie de la doctrine (Dupuis, Lavau, Liet-Veaux, Mestre, Odent), l'exécution forcée n'est qu'une procédure d'exception. Mais on peut se demander avec M. Schwartzenberg si ces exceptions, par leur ampleur, ne deviennent pas la règle (*L'autorité de chose décidée, op. cit.*, p. 141).

(5) C.E. 8 avril 1961, Dame Klein, Rec. p. 216, S. 1961, p. 249, note Lassale ; D. 1961, p. 587, concl. Henry et p. 621, note Weil.

(6) C.E. 21 juillet 1949, Wolff c. Etat et Aubrac, Rec. p. 614 ; C.E. 8 avril 1961, Dame Klein, précité.

est critiquable à notre sens car le juge judiciaire serait plus à même de sanctionner efficacement une exécution forcée illégale constitutive d'une voie de fait (7).

La prérogative d'exécution forcée est une création purement jurisprudentielle. Elle est le type même du pouvoir confié à l'Administration par le Conseil d'Etat. Celui-ci n'a pas voulu que l'Administration active soit paralysée à cause de la défaillance du législateur ; il n'a pas voulu qu'elle ne puisse promptement faire face aux besoins d'intérêt public en cas d'urgence. Aussi, a-t-il construit une théorie audacieuse destinée à sauvegarder l'efficacité de l'action administrative.

---

(7) En effet, le juge judiciaire, notamment dans le cadre de la théorie de la voie de fait, peut donner des ordres à l'Administration. V. *supra*, p. 72. Une autre hypothèse se situant sur un autre plan, mais dans le même contexte, peut être envisagée : elle a trait à l'exécution hâtive de décisions illégales. La supposition est la suivante : une autorité administrative exécute légalement une décision qui, par la suite, sera annulée pour excès de pouvoir. Sur recours en réparation du particulier lésé l'Administration se verra condamnée à des dommages-intérêts (C.E. 27 février 1903, Zimmermann, S. 1905, III, 17, note M. Hauriou). Mais cette responsabilité ne paraît pas représenter une sanction suffisamment sévère pour prévenir l'exécution hâtive de décisions administratives illégales. En outre, cette compensation pécuniaire ne permettra nullement de remettre les choses en l'état : l'Administration conservera le bénéfice et les avantages de l'exécution. Le domaine de la voie de fait ne pourrait-il pas couvrir une telle hypothèse : une semblable exécution n'est-elle pas au fond insusceptible de se rattacher à l'application d'aucun texte législatif ni réglementaire ?

SOUS-TITRE II

LES REGIMES SPECIAUX D'ACCROISSEMENT DES MOYENS D'ACTION DE L'ADMINISTRATION

Le constituant et le législateur ont prévu des régimes particuliers d'accroissement des pouvoirs de l'Administration : dictature temporaire de l'article 16, état d'urgence ou état de siège. Nous avons indiqué précédemment (8) que le Conseil d'Etat avait, par une limitation de son contrôle juridictionnel sur les mesures administratives prises en application de ces régimes, reconnu indirectement des prérogatives aux autorités compétentes. Mais, en dehors de ces régimes d'exception, le Conseil d'Etat a considéré que les autorités administratives devaient en certaines circonstances bénéficier de différents pouvoirs qu'aucun texte ne leur reconnaissait. Les pouvoirs de l'Administration sont alors exceptionnellement accrus par l'intervention directe du juge. Il en sera ainsi dans deux hypothèses : en cas d'urgence et en cas de circonstances exceptionnelles (9).

La doctrine distingue généralement l'urgence des circonstances exceptionnelles (10) ; certains auteurs se sont cependant attachés à montrer le caractère factice de ce clivage (11). Dans notre optique, les raisons théoriques qui peuvent militer en faveur de l'une ou de l'autre thèse importent peu. Qu'il nous suffise de constater que la jurisprudence se réfère tantôt à l'un, tantôt à l'autre de ces

---

(8) V. *supra*, p. 111.

(9) Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Th. Paris, L.G.D.J. 1962, p. 13.

(10) V. Gabolde, *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français*, Th. Paris, 1951 ; note Waline sous C.E. 7 janvier 1955, R.D.P. 1955, p. 709 ; Odent, *Contentieux..., op. cit.*, 1965-1966, I, p. 191.

(11) Mathiot, *Théorie des circonstances exceptionnelles*, Mélanges Mestre, *op. cit.*, p. 419 ; Nizard, *La jurisprudence..., op. cit.*, p. 113 et suiv.

concepts (12). Le Conseil d'Etat attachera des conséquences spécifiques à chacun de ces moments. Ce sont ces raisons pratiques qui nous conduisent à les distinguer.

— *Section I.* — L'urgence.

— *Section II.* — Les circonstances exceptionnelles.

SECTION I. — L'URGENCE.

L'urgence suppose un péril *imminent* (13) : troubles ou crises politiques, opérations militaires, troubles sociaux (14). Et le Conseil d'Etat de vérifier la réalité de l'urgence alléguée (15). Mais l'urgence n'est pas forcément actuelle : elle peut se situer dans le futur immédiat. Cette interprétation très compréhensive du Conseil d'Etat aboutit, dans certaines matières, à présumer l'urgence, ainsi que le soulignait le Doyen Hauriou (16) : jadis, dans le domaine des manifestations extérieures du culte, les maires pouvaient interdire les processions sans raison actuelle ou particulière, car il y avait pour ces manifestations une sorte de présomption d'urgence. Cependant, l'urgence ne doit pas se ramener à une simple éventualité : du fait de son caractère imminent, le péril doit être certain et le Conseil d'Etat censurera la « fraude à l'urgence », c'est-à-dire les pratiques fondées sur un état d'urgence qui n'existe que dans l'esprit des auteurs de l'acte attaqué.

L'urgence produit, selon Mestre (17), « un renversement des valeurs juridiques ». Si en temps normal, la liberté reste la règle et la restriction de police l'exception, il n'en est plus de même au cas d'urgence. C'est la limitation de police qui devient la règle : la protection des prérogatives de l'Administration passe avant celle des

---

(12) Pour l'urgence voir : C.E. 23 janvier 1925, Anduran, D. 1925, III, 43, Concl. Josse ; C.E. 20 décembre 1944, Tortary, p. 326 ; pour les circonstances exceptionnelles, C.E. 31 octobre 1924, Cotte, R.D.P. 1924, p. 597, Concl. Rivet ; C.E. 18 avril 1947, Jarrigion, S. 1947, III, p. 33, note Rivero.

(13) P.H. Teitgen, *La police..., op. cit.*, p. 433 et suiv.

(14) V. la jurisprudence citée par Gabolde, *L'exception d'urgence en droit administratif*, D. 1952, chr. p. 42.

(15) C.E. 23 janvier 1925, Anduran, précité. En l'espèce, le Conseil d'Etat a considéré « qu'il n'existait aucune urgence motivée par un péril imminent ».

(16) Note M. Hauriou sous C.E. 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, S. 1918-1919, III, p. 33.

(17) Note sous C.E. 22 novembre 1946, Mathian, S. 1947, III, 41.

libertés publiques ; ou plus exactement la protection de ces dernières passe par l'accroissement des pouvoirs de l'Administration. Celle-ci intervient alors « à titre conservatoire » (18) et le cours normal des procédures ne sera repris qu'une fois le danger conjuré. Cependant, cette opposition apparaît par trop tranchée. M. Teitgen (19) a justement souligné que même en temps normal le régime de police reste la règle ; les situations individuelles sont fonction du principe de l'ordre. Au cas d'urgence, il n'y a donc pas un véritable renversement des données, mais une simple accentuation du principe qui fonde la règle (20). En effet, en cas d'urgence, une autorité administrative peut, sans commettre d'illégalité, d'une part excéder sa propre compétence en prenant des mesures qui relèveraient normalement d'un autre agent administratif, d'autre part user de ses pouvoirs sans respecter les formalités qui risqueraient d'entraver son action. Ainsi, l'urgence permet aux autorités investies du pouvoir de police générale de réglementer une activité dangereuse relevant d'une police spéciale (21). Elle autorise encore l'utilisation de la procédure d'exécution forcée (22). En outre, elle confère à l'autorité administrative des droits plus étendus que ceux dont elle dispose en temps ordinaire (23). Cet accroissement des pouvoirs de l'Administration est le fait premier, en application de la règle dite du bénéfice du préalable : le contrôle juridictionnel de l'utilisation de ces compétences n'interviendra, bien sûr, qu'après coup. Mais — et ceci est fondamental — si les pouvoirs administratifs sont étendus, par contre, ils ne changent pas de nature. L'administration n'utilise pas des pouvoirs d'un genre différent en période normale ou en cas d'urgence (24) ; il y a seulement un état de légalité stricte pour le temps normal, et un autre de « légalité élargie » dans la seconde hypothèse (25). Il ne s'agit donc pas véritablement d'un droit d'exception qui s'opposerait à la légalité

---

(18) Costa, *op. cit.*, p. 18.

(19) Teitgen, *La police..., op. cit.*, p. 125 ; v. aussi *supra*, p. 270.

(20) V. en ce sens Nizard, *La jurisprudence..., op. cit.*, p. 225.

(21) C.E. 14 mai 1915, Criton, Rec. p. 171.

(22) V. *supra*, p. 219 et suiv.

(23) Jurisprudence constante : C.E., 26 décembre 1913, Lhuillier, Rec. p. 1295 ; pour un arrêt très significatif, V. C.E., 19 octobre 1962, Brocas, Rec. p. 553 : en principe un gouvernement démissionnaire ne peut que gérer les affaires courantes ; par contre, s'il y a urgence, un semblable gouvernement pourra prendre les mesures d'organisation d'un referendum qui sont pourtant politiques (Cf. F. Batailler, *Le Conseil d'Etat..., op. cit.*, p. 432 et suiv.).

(24) Odent, *Contentieux..., op. cit.*, I, p. 194-195.

(25) Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* D. 1951, chr. p. 21.

normale, mais seulement d'une extension de cette dernière. Lorsque l'Administration invoque les circonstances exceptionnelles, le Conseil d'Etat va plus loin et lui applique une légalité d'exception.

SECTION II. — LES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES.

Les circonstances exceptionnelles n'entraînent pas seulement un élargissement de la compétence et un accroissement des pouvoirs de l'Administration, mais encore une suspension de la légalité normale dans la mesure où les « pouvoirs de l'Administration changent de nature » (26).

La théorie est d'origine jurisprudentielle : le Conseil d'Etat a voulu donner aux autorités administratives les moyens de faire face aux situations les plus délicates ; mais ces solutions ne sont pas sans danger pour les particuliers.

A. — *Origines de la théorie.*

Lorsque les institutions publiques sont en péril ou le fonctionnement de l'Etat en danger, il convient d'attribuer aux Pouvoirs Publics les pouvoirs exceptionnels qui leur permettront de résoudre la crise car « au-dessus des intérêts individuels les plus respectables, au-dessus des intérêts collectifs les plus sérieux et les plus justifiés, il y a l'intérêt général, le droit supérieur pour une société, pour une nation d'assurer son existence » (27). Aussi, la haute juridiction administrative a-t-elle voulu donner à l'Etat les moyens d'assurer sa légitime défense. En ce sens, le Conseil a admis la légalité d'actes qui, en temps normal, auraient été dénués de tout fondement légal. L'Administration a pu alors « légalement prendre des mesures exorbitantes, en addition ou par suppléance à la loi » (28) — mesures qui, en temps de paix auraient été considérées comme illégales, car prises en dehors de la compétence des autorités administratives (29). Le fonctionnement régulier et continu des services publics justifie semblable attribution exorbitante de pouvoirs. Le Conseil se reconnaît alors un véritable rôle de législa-

---

(26) Odent, *Contentieux...*, 1970-1971, p. 289.

(27) Concl. Helbronner sur C.E. 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer, S. 1914, III, 1, note Hauriou.

(28) Alibert, *Le contrôle juridictionnel...*, *op. cit.*, p. 273.

(29) C.E. 7 août 1909, Winkell, G.A., p. 89.

teur secondaire. Cette jurisprudence se trouve fondée, selon le propre témoignage d'Alibert (30) sur la « légitimité incontestable du but communément poursuivi ». L'ordre public doit être maintenu dans l'ensemble de la collectivité et ce souci devient motif de légitimation de prérogatives administratives tout à fait exorbitantes du droit commun (31).

A l'origine, le Conseil d'Etat essayait, malgré tout, de se fonder sur un texte de loi précis pour justifier des dérogations au régime législatif : ainsi, dans l'arrêt Heyriès (32), le juge invoque explicitement les lois constitutionnelles de 1875. Puis, le Conseil d'Etat prendra de plus en plus d'indépendance et, au nom de la légalité matérielle, justifiera la théorie des circonstances exceptionnelles. La référence constitutionnelle est alors écartée et le principe devient purement jurisprudentiel (33).

Ensuite, le Conseil d'Etat élargira la portée de la théorie qu'il a dégagée : elle trouvera application, même en temps de paix, durant toutes les périodes critiques (34).

De par l'extension même qu'elle a prise, cette jurisprudence manifeste bien la présence d'un juge qui gouverne (35). Les circonstances exceptionnelles sont, en effet, élevées par le Conseil d'Etat au rang de principe général de droit et, comme tout principe, elles peuvent aboutir à tenir en échec, médiatement au moins, la loi écrite. Mais ici, il convient de bien souligner que, contrairement à beaucoup d'autres principes dégagés par le juge, celui des circonstances exceptionnelles n'est pas destiné à sauvegarder les droits des particuliers contre l'arbitraire administratif, mais, bien au contraire, à faire la part des nécessités administratives.

S'il est ainsi possible de cerner la notion de circonstances exceptionnelles, il est, par contre, très difficile d'en donner une définition.

---

(30) *Op. cit.*, p. 273.

(31) Bernard, *La notion d'ordre public..., op. cit.*, p. 130.

(32) C.E. 28 juin 1918, G.A., p. 136. M^me^ Batailler semble s'en tenir à cet état du droit lorsqu'elle affirme, dans sa thèse (*le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.*, p. 210) que les circonstances exceptionnelles « s'enracinent » dans la Constitution. Mais, désormais, il n'en est plus ainsi (V. *infra*, note 33).

(33) Ainsi dans l'arrêt Chambon (C.E., 12 octobre 1956, Rec. p. 357), le Conseil d'Etat mentionne seulement « les circonstances de temps et de lieu » qui permettent de légaliser un arrêté préfectoral qui aurait été annulé en temps normal. On pourrait écrire, en paraphrasant M^me^ Batailler, que la théorie des circonstances exceptionnelles s'enracine dans la volonté du Conseil d'Etat. En ce sens, Cf. Dubisson, *La distinction..., op. cit.*, p. 175.

(34) V. A. de Laubadère, *Traité élémentaire..., op. cit.*, I, p. 239-240 et la jurisprudence citée.

(35) J. Rivero, *Le juge administratif français ; un juge qui gouverne ?*, art. cit.

Le juge a seulement indiqué les deux conditions qui permettent l'application de la théorie : d'une part, la survenance brutale d'événements graves et imprévus, d'autre part, l'impossibilité pour l'autorité administrative d'agir légalement. Mais ces notions sont éminemment imprécises : aucun critère *a priori* ne peut être établi à partir d'elles. Cela tient du reste à la nature même des circonstances visées qui ne peuvent être précisément prévues : dès lors, les définitions jurisprudentielles sont suffisamment vagues afin de pouvoir englober toutes sortes d'éventualités. Et le Conseil d'Etat se montre généralement très large, trop large même, pour en apprécier l'existence ; il a bien souvent tendance à entériner les allégations des gouvernants. Le phénomène est particulièrement net dans le domaine économique. Ainsi, le juge suprême a récemment considéré que le Conseil des Ministres avait pu légitimement se prévaloir des circonstances exceptionnelles en raison de l'application du plan de stabilisation... (36).

On ne peut donc établir *a priori* un catalogue des hypothèses de circonstances exceptionnelles : leur constatation ressortit au pouvoir d'appréciation souveraine du juge qui décidera discrétionnairement de leur existence ou de leur absence pour confirmer ou annuler la mesure litigieuse prise par l'Administration (37). Il est inutile d'insister sur l'insécurité qui résulte, pour l'administré, d'une telle situation — insécurité comparable à celle qui découle de la théorie des actes de gouvernement (38). Les circonstances exceptionnelles ne se définissent pas tant, en effet, par leurs conditions d'application que par leur régime juridique, par leurs effets.

B. — *Effets des circonstances exceptionnelles* (39).

Dans quelle mesure les circonstances exceptionnelles aboutissent-elles à la protection des prérogatives de l'Administration ? En conclusion de son étude sur le régime juridique de semblables circonstances, M. Nizard souligne que le recours à cette théorie légitime des violations de la loi (40) : d'abord, la dérogation à la loi sera d'autant plus justifiée que la crise, qui est à son origine, sera grave ; ensuite, du fait de l'extension considérable alors donnée à la notion d'ordre public, le juge admet des illégalités dans les domaines les

(36) C.E. 23 mai 1969, Sieur Jammes, Rec. p. 266.
(37) Dubisson, *op. cit.*, p. 191.
(38) V. *supra*, p. 120 et suiv.
(39) Cf. J. Nizard, *La jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, p. 131 à 240.
(40) *Ibid.*, p. 228 et 229.

plus divers. Mais quelle est la portée de la protection ainsi accordée par le juge ?

Rappelons d'abord qu'en pareille période les autorités administratives peuvent prendre des mesures excédant bien sûr les limites de leur propre compétence (41) mais encore celles de la compétence administrative en vue de pourvoir aux nécessités de l'ordre public. Elles peuvent ainsi prendre des mesures qui relèvent normalement de la compétence législative (42) ou de celle du juge (43). Par ailleurs, à la compétence liée pourra se substituer un pouvoir discrétionnaire des autorités administratives (44). En outre, les règles procédurales sont considérablement assouplies et de nombreuses entorses à leur application sont admises (45).

Le fondement de ces solutions réside dans la volonté d'accorder à l'Etat les moyens de sa « légitime défense », selon l'expression du Doyen Hauriou. Le Conseil d'Etat doit permettre à l'Administration de réaliser sa double mission qui est d'assurer la bonne marche des services publics et l'exécution des lois (46). Dans les temps difficiles, la volonté d'assurer le bon fonctionnement des pouvoirs publics doit prévaloir sur la nécessité de la stricte application des lois. Dès lors, un choix est nécessaire dans le bloc de la légalité : « Il y a des lois qu'il faut appliquer, parce qu'elles assurent la marche des services ; il en est d'autres dont il faut suspendre l'application parce qu'elles entraveraient cette marche. » (47). Enfin, on pourrait ajouter que le pouvoir exécutif peut suppléer la carence du législateur : en ce sens, il peut exceptionnellement compléter le bloc de la légalité. Prérogative qui manifeste de façon sensible le pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans sa fonction « *d'assurer l'exécution des lois* ». Il en résultera, au contentieux, une légitimation de certaines mesures qui, en temps normal,

---

(41) C.E., 5 décembre 1941, Sellier, S. 1942, III, 25, note Mestre ; C.E., 9 novembre 1945, Sté Coopérative agricole « L'Union Agricole », Rec. p. 230. Et le Conseil d'Etat va très loin dans cette voie. Il a ainsi admis, dans l'arrêt Andreani du 10 décembre 1954 que l'annulation d'une mesure d'habilitation individuelle n'interdit pas à l'autorité délégataire de prendre des mesures d'application si la nécessité les justifie (R.P.D.A. 1955, n° 63).

(42) C.E., 28 juin 1918, Heyriès, précité : en temps de guerre, légalité de la suspension d'une loi par simple décret, en vue d'éviter des agissements « susceptibles d'entraver le fonctionnement des différentes administrations nécessaires à la vie nationale » ; V. également C.E., 31 mars 1954, Baudet, Rec. p. 196.

(43) C.E., 19 février 1947, Bosquain, Rec. p. 63.

(44) V. Nizard, *op. cit.*, p. 146.

(45) Isaac, *La procédure..., op. cit.*, p. 303.

(46) Note Hauriou sous C.E., 28 juin 1918, Heyriès, S. 1922, III, 49.

(47) *Eod. loc.*

seraient parfaitement illégales (48) ; ou bien encore certaines voies de fait seront promues au rang d'actes administratifs de la compétence du juge administratif (49) qui pourra éventuellement les valider (50).

Si les circonstances exceptionnelles entraînent une atténuation du principe de légalité, par contre, elles ne constituent nullement « une lacune de la légalité », selon l'expression de M. de Laubadère. En aucun cas, en effet, la théorie jurisprudentielle ne permet de conférer à des actes administratifs le caractère d'actes du gouvernement : autrement dit, elle ne permet jamais de soustraire une activité administrative au contrôle juridictionnel (51). Mais, si ce contrôle existe toujours, en pareille période, il n'en est pas moins limité : l'accroissement des pouvoirs de l'Administration se conjugue avec une limitation de ceux du juge (52). L'incompétence (53) et le vice de forme (54) sont aisément couverts par la juridiction administrative — contrairement à ce qu'affirme M. Dran dans sa thèse (55). La violation de la loi est de portée très limitée dans la mesure où le juge se réfère à un concept de légalité matérielle créé pour les circonstances (56). Le détournement de pouvoir n'est guère utilisé (57). Les propres termes du Conseil d'Etat dans l'arrêt Dames Dol et Laurent (58) mettent bien en relief sa méthode : « Les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité... ne sauraient être les mêmes

---

(48) V. la jurisprudence citée par A. de Laubadère. *Traité..., op. cit.*, I, p. 240-241.

(49) C.E. 7 novembre 1947, Alexis et Wolff, J.C.P. 1947, II, 4006, concl. Célier et note Mestre ; la position du Tribunal des Conflits est identique : T.C. 27 mars 1952, Dame de la Murette, G.A., p. 367.

(50) C.E. 27 novembre 1953, Chambre syndicale de la propriété bâtie de La Baule, Pornichet, Le Pouliguen, Rec. p. 519.

(51) C.E. 23 décembre 1949, Sté comptoir de l'industrie cotonnière et autres, Rec. p. 567.

(52) M. Mathiot, il est vrai (Mélanges Mestre, art. cit.) ne partage pas ce point de vue et considère que l'extension des pouvoirs de l'Administration s'accompagne alors d'un élargissement parallèle du contrôle juridictionnel (*id. loc.*, p. 426). Mais la jurisprudence ne paraît pas témoigner en ce sens.

(53) C.E. 26 juin 1946, Viguier, S. 1947, III, 8 ; C.E. 16 avril 1948, Laugier, Rec. p. 161.

(54) C.E. 16 mai 1941, Courrent, R.D.P. 1941, p. 542 ; C.E. 16 mai 1947, Sieur Couloma, Rec. p. 205.

(55) *Le contrôle juridictionnel..., op. cit.*, p. 463-464.

(56) C.E. 6 août 1915, Delmotte et Senmartin, S. 1916, III, 9, concl. Corneille et note M. Hauriou ; C.E. 5 mars 1948, Marion, D. 1949, p. 145.

(57) C.E. 30 avril 1947, Sté des Carrières ophitiques et calcaires du Sud-Ouest, Rec. p. 169.

(58) C.E. 28 février 1919, G.A., p. 150.

dans le temps de paix et pendant la période de guerre... ; il appartient au juge sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre. » La démarche du juge est intéressante : le Conseil d'Etat commence par définir le nouveau régime des actes se rattachant aux circonstances exceptionnelles, puis limite son contrôle en fonction de ce régime, au lieu de commencer par exercer un contrôle normal sur la décision litigieuse pour n'invoquer, qu'à la fin, les circonstances à titre vraiment exceptionnel (59). De ce fait, le régime appliqué à toute l'instance est celui des circonstances exceptionnelles.

Le Doyen Hauriou avait exprimé dès 1919 (60) les craintes que lui inspirait cette jurisprudence : « N'est-il pas à redouter que la doctrine de l'état de guerre, comme une colossale éponge, ne serve à laver toutes les illégalités et toutes les fautes et à diluer toutes les responsabilités ? ... Ce serait un procédé commode qui dispenserait le juge d'entrer dans l'examen des cas particuliers. On jetterait le voile une fois pour toutes sur toutes les conséquences de la guerre. Il n'est pas besoin de faire remarquer que ce serait une faillite de la justice. » La question peut être étendue à toutes les manifestations des circonstances exceptionnelles. En effet, en ces hypothèses, le Conseil d'Etat n'est plus juge de la légalité puisqu'il valide des dispositions formellement illégales (61).

Quoi qu'il en soit, nous retiendrons que la théorie des circonstances exceptionnelles est une éclatante illustration des prérogatives directement accordées par le Conseil d'Etat à l'Administration active : celle-ci se voit ainsi reconnaître des pouvoirs qu'aucun texte ne lui conférait.

---

(59) M. Dran, *Le contrôle juridictionnel..., op. cit.*, p. 502.
(60) Note sous C.E. 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, S. 1918-1919, III, 33.
(61) Pour une critique assez systématique de ces solutions, V. F. Batailler, *Le Conseil d'Etat..., op. cit.*, p. 445 et suiv.

CONCLUSION DU TITRE

L'Administration ne se suffit pas des pouvoirs qui lui sont reconnus par les textes législatifs et réglementaires ; pour faire face à ses lourdes tâches d'intérêt général, il lui est nécessaire dans certaines situations de disposer de moyens d'action rapides et efficaces.

Aussi, par des méthodes juridiques très variées, le Conseil d'Etat, a-t-il été amené à étendre les pouvoirs attribués aux autorités administratives par la loi et à leur reconnaître des prérogatives spécifiques.

TROISIÈME PARTIE

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA PROTECTION DES PRÉROGATIVES DE L'ADMINISTRATION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

Présenter une théorie générale peut apparaître bien audacieux mais les dimensions d'une conclusion ne nous auraient pas permis de rapporter, sous une forme synthétique, les réflexions auxquelles nous ont conduit nos recherches.

Nous avons constaté, tout au long des précédents développements, que le Conseil assurait, par des moyens juridiques très diversifiés, la protection des prérogatives de l'Administration. La première question qui vient à l'esprit consiste à se demander pourquoi le juge suprême protège l'Administration ; aussi consacrerons-nous un premier titre aux raisons de cette protection. Ensuite, nous pourrons, dans un deuxième temps, essayer de préciser les moyens de cette protection avant, dans un troisième moment, d'en dégager les caractères.

— *Titre I.* — Raisons de la protection.

— *Titre II.* — Moyens de la protection.

— *Titre III.* — Caractères de la protection.

TITRE I

RAISONS DE LA PROTECTION

A priori, la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat peut paraître assez singulière. Elle n'est cependant pas le fruit du hasard. Certaines raisons l'expliquent. Nous voudrions tenter de les dégager.

En ce but, il convient de remonter aux sources du contrôle juridictionnel sur l'Administration. En théorie, celui-ci peut être organisé selon deux grands systèmes. Selon le premier, le juge est totalement extérieur à l'Administration. Ce sont alors les juridictions de droit commun qui connaissent du contentieux administratif. Dans un second régime, le censeur fait partie intégrante de l'Administration active dont il apparaît comme le supérieur hiérarchique.

Le contentieux administratif français s'inscrit dans ce second cadre. Les lois des 16 et 24 août 1790 ont interdit aux autorités judiciaires de s'immiscer dans les affaires administratives. Cette législation visait à empêcher le retour aux pratiques des anciens Parlements qui participaient aux fonctions d'administration générale ou de police. Puis la loi des 6 et 11 septembre 1790 a confié l'essentiel du contentieux administratif et fiscal (1) à l'Administration elle-même — à l'époque, aux directoires des districts et départements — car « juger l'Administration, c'est aussi administrer » (2). En l'An III, ce contentieux fut remis aux « Administrations centrales » des départements et, en appel, aux ministres. En l'an VIII enfin, ces litiges ressortiront de la compétence des Conseils de Préfecture et du Conseil d'Etat. Celui-ci se ressent de

---

(1) Sur cette question, V. P. Bern, *La nature juridique du contentieux de l'imposition,* Th. Paris, L.G.D.J., 1972, p. 75 et suiv.

(2) Pierre Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours,* P.U.F., 1968, p. 278.

l'époque de sa création : le « style Empire » l'a marqué en l'incorporant dans sa conception globale de la hiérarchie (3) ; il est lié à un régime autoritaire qui renoue avec la tradition d'Ancien Régime (4). Le Conseil d'Etat rappelle la formule du Conseil du Roi et « dirigeant de haut l'Administration (il) connaîtra aussi des contestations qu'elle soulève » (5). Ce rôle lui est expressément confié par l'art. 52 de la Constitution de l'An VIII qui le charge de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Mais, cette fonction, à l'origine, est indifférenciée. Elle est indistinctement confiée, selon la nature du litige, à l'une des cinq sections techniciennes du Conseil : Finances, Législation civile et criminelle, Guerre, Marine, Intérieur (6). Il faudra attendre les réformes de 1806 pour voir naître une Commission du Contentieux (7). Cependant, son apparition correspond à une simple nécessité de répartition des tâches. C'est toujours le Chef de l'Etat en son Conseil qui est censé rendre les arrêts. Fiction, il est vrai, le souverain, dès l'Empire et surtout depuis les monarchies constitutionnelles, ne refusant pas sa signature aux projets qui lui sont présentés. Une loi du 3 mars 1849 entérinera cette évolution en confiant au Conseil d'Etat la justice déléguée : à côté d'une Section de Législation et d'une autre de l'Administration, une Section du Contentieux est « chargée du jugement des affaires contentieuses » (8). La réforme ne subsistera pas sous le II[e] Empire, mais sera reprise par l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 qu précise : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir ». En pratique, c'est la Section du Contentieux qui est chargée de cette fonction, alors que les trois autres sections sont affectées à des tâches d'administration pure. Mais cette division ne doit pas affecter l'unité du Conseil ; la composition de

(3) J. Rivero, *Droit administratif comparé, op. cit.*, p. 110-111.

(4) En ce sens, V. H. Puget, *Le Conseil d'Etat au temps de Napoléon*, Rev. des Sciences Politiques, 1921, p. 407. L'auteur précise : « Sieyès donna au Conseil d'Etat les fonctions de juge en matière administrative qui avaient appartenu au Conseil du Roi. Conception élégante qui a abouti à faire de la Haute Assemblée comme la conscience de l'Administration ; ainsi que toute conscience, elle conseille et elle juge. » Ces formules seront reprises par M. Foyer, dans ses déclarations au « Monde » du 1[er] août 1963.

(5) R. Ladreit de Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique..., op. cit.*

(6) G. Sautel, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Dalloz 1969, p. 228.

(7) *Eod. loc.*, p. 230 et suiv.

(8) *Eod. loc.*, p. 356 et suiv.

l'Assemblée du Contentieux témoigne de ce souci puisqu'elle comporte, en sus des membres de la Section du même nom, six conseillers issus des formations administratives (9).

Cette évolution, qui a profondément marqué le Conseil d'Etat, révèle sa profonde originalité. Le Conseil participe d'une double nature administrative et juridictionnelle. Administrateur, il doit conseiller le gouvernement essentiellement pour l'élaboration des textes réglementaires et des projets de lois ; juge, il lui revient de censurer les illégalités commises par l'Administration active. Ce dualisme aboutit à une osmose plus ou moins poussée entre les fonctions administratives et les attributions juridictionnelles du Conseil et à un rapprochement entre le Conseil d'Etat et l'Administration active.

On peut constater, à divers points de vue, cette proximité du Conseil par rapport à l'Administration (10). D'abord, pris individuellement, ses membres ne sont pas des magistrats : selon la position développée en 1958 par M. Debré (11), la magistrature administrative n'existe pas et il n'y a que des fonctionnaires administratifs occupant des fonctions de juge (11bis). En conséquence, ils ne bénéficient pas de l'inamovibilité attachée à la qualité de magistrat. Aussi, en 1959, un Maître des Requêtes, haut fonctionnaire en Algérie, a-t-il pu être facilement révoqué de ses fonctions par le Gouvernement (12).

Par ailleurs, les membres du Conseil peuvent être mis en position de délégation ou de détachement dans l'Administration active (13) ; ils peuvent ainsi, pendant une durée qui peut aller jusqu'à 20 ans, siéger hors de leur corps d'origine. Ces positions sont des plus fréquentes et permettent à leurs bénéficiaires de se rendre compte des nécessités de la vie administrative. Ces longs contacts entre administrateurs et juges favorisent la compréhension de l'Administration active par les membres du Conseil ; les Pouvoirs Publics veulent ainsi, à tout prix, éviter que ceux-ci ne soient coupés des autorités qu'ils devront contrôler.

---

(9) *Eod. loc.*, p. 359-360.

(10) Pour une analyse sociologique de l'imbrication des administrations actives et contentieuse, V. Gjidara, *La fonction...*, *op. cit.*, p. 352 et suiv.

(11) Avis et débats du Comité Consultatif Constitutionnel, p. 70.

(11bis) A la différence des membres de la Cour des Comptes (art. 5 de l'ordonnance du 4 février 1959 portant statut général de la Fonction Publique).

(12) V. G. Morange, *Les principes généraux du droit et la V^{e} République*, R.D.P., 1960, p. 1188 ; également, Gjidara, *op. cit.*, p. 388 et suiv.

(13) Art. 15 et suiv. du Décret n° 63-767 du 30 juillet 1963.

Malgré ces fréquents échanges entre l'Administration contentieuse et les administrations actives, le Conseil d'Etat a paru adopter trop souvent une conception formaliste du droit. La Section du Contentieux élaborait assez fréquemment des constructions jurisprudentielles abstraites au mépris des droits des particuliers et des nécessités administratives. L'arrêt Canal (14) fut l'occasion d'une réforme destinée à éviter cette sclérose du contentieux administratif : la sentence juridictionnelle n'a, en effet, d'efficacité que si elle a prise sur la réalité. Aussi les réformateurs étaient-ils partagés entre deux objectifs : réformer pour mieux protéger les particuliers (15), réformer pour mieux protéger l'Administration. Du fait du contexte politique, ce deuxième aspect semble avoir prévalu et M. Foyer, alors Garde des Sceaux, n'a pas manqué de le mettre en relief (16) en soulignant qu'il convenait de rappeler à la Haute Assemblée qu'elle ne devait pas s'ériger en juge de l'Administration mais en être seulement la conscience intérieure. L'objectif du Gouvernement était donc de « rétablir un courant d'échanges entre le Conseil d'Etat et l'Administration et éviter la transformation de la Haute Juridiction administrative en cour de justice administrative ou... éviter l'administration des juges » (17). Dès lors, la réforme de 1963 (18) sera marquée par la volonté de sceller l'unité organique du Conseil d'Etat : c'est la même autorité qui doit conseiller le gouvernement et juger l'Administration. La méthode utilisée sera celle de la double appartenance qui permet aux membres du Conseil d'Etat d'appartenir, à la fois, à une formation administrative et à une formation contentieuse. Ainsi, un ou plusieurs membres venant des sections administratives pourront éclairer chaque formation de jugement ; en pratique, un conseiller par sous-section et trois pour la Section du Contentieux (19). C'est encore en ce sens qu'a été modifiée la composition de l'Assemblée du Contentieux qui compte désormais les quatre Présidents des sections administratives à la place des neuf Pré-

---

(14) C.E., 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, G.A., p. 504.

(15) L'art. 59 du décret du 30 juillet 1963, relatif au contrôle de l'exécution des décisions du Conseil d'Etat, témoigne de cette volonté. V. *supra*, p. 75-76.

(16) La réforme réalisée par le décret 63-767 précité a été présentée par M. Jean Foyer, dans une déclaration au « Monde » du 1er août 1963.

(17) J. Foyer, *eod. loc.*

(18) R. Drago, *La réforme du Conseil d'Etat*, A.J.D.A., 1963, I, 524.

(19) En vertu du décret du 9 septembre 1968. Le décret de 1963 n'en avait prévu que deux.

sidents de sous-sections (20). Toutes mesures qui ont pour but de réaliser un meilleur « brassage » à l'intérieur du Conseil d'Etat (21). Les auteurs de la réforme ont, de cette façon, entendu tirer le meilleur parti possible de la double fonction du Conseil d'Etat ; en effet, selon un phénomène déjà perçu depuis longtemps, « les formations contentieuses tiennent le plus grand compte des solutions auxquelles se sont rangées les formations administratives ; elles comprennent des membres qui sont passés par ces formations ou qui, siégeant à l'Assemblée du Contentieux, les représentent ; elles ne condamnent que rarement les dispositions qui ont reçu l'agrément du Conseil, organe consultatif » (22).

Par ailleurs, la Haute Assemblée se trouve rapprochée de l'Administration active car ses membres, tout en conservant leurs fonctions au sein du Conseil, peuvent être affectés à des missions sur décision ministérielle — ce qui permet de les associer étroitement à l'élaboration des textes administratifs.

C'est un retour aux sources qu'à voulu mettre en œuvre le Gouvernement par cette réforme ; il convient, en effet, de ne pas « ignorer la distinction qu'il y a entre le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires. Car *le Conseil d'Etat n'est pas extérieur à l'Administration. Il est l'Administration qui se juge* » (23). Tel était bien le système de l'Ancien Régime repris en l'An VIII. Historiquement, le contrôle du Conseil d'Etat n'a pas été institué pour protéger le particulier mais pour garantir le bon fonctionnement de l'Administration. En cette optique, il n'est qu'un juge intérieur à l'Administration dont il constitue un démembrement : aussi pourrait-on plus justement le qualifier d'*Administration contentieuse*. Ce retour aux sources est critiquable dans la mesure où il va manifestement à l'encontre de l'évolution suivie par la Haute Assemblée depuis 1872 : le Conseil d'Etat s'est en effet progressivement attaché à isoler ses fonctions juridictionnelles de ses tâches administratives ; cette indépendance croissante à l'égard des gouvernants offrait de telles garanties aux justiciables qu'en 1926,

---

(20) Ainsi la composition de l'Assemblée du Contentieux a été profondément modifiée. Sa physionomie a été bouleversée par la réforme de 1963 : auparavant moins d'un quart de ses membres seulement appartenaient aux sections administratives (5 sur 21) ; actuellement la moitié d'entre eux en relèvent (5 sur 10).

(21) Puget, *Traditions et progrès au sein du Conseil d'Etat*, Livre Jubilaire, *op. cit.*, p. 128.

(22) J. Foyer, art. cit.

(23) J. Foyer, art. cit.

Alibert proposait en conclusion de son étude sur le recours pour excès de pouvoir (24) une « séparation du Conseil d'Etat administratif et du Conseil d'Etat statuant au contentieux ; le premier garderait le nom de Conseil d'Etat, le second prendrait celui de Cour suprême de Justice ». Ce régime aurait permis d'assurer au juge administratif une indépendance organique par rapport à l'Administration active dont le Conseil d'Etat, organisme consultatif, fait partie intégrante.

Le Doyen Duez écrivait en 1933 que le Conseil d'Etat « est affranchi de l'esprit de l'Administration parce qu'il n'est pas de la maison administrative » (25). Cette assertion — si elle fut jamais exacte — ne l'est certainement pas aujourd'hui : le Conseil d'Etat est dans l'Administration et ne peut donc que prendre conscience des réalités administratives et gouvernementales. Ce n'est sans doute pas un mal car le juge n'en sera ainsi que mieux informé. Mais on peut regretter la position de M. Foyer selon laquelle le Conseil d'Etat, c'est l'Administration qui *se* juge, car « la formule suppose certes la rigueur inséparable de tout jugement, mais la tournure réfléchie marque bien aussi cette part de complaisance que l'on ne peut manquer d'avoir pour soi-même » (26). Dès lors « il doit y avoir séparation des fonctions non séparation des esprits » (27), ce qui permet au Président de la Section du Contentieux d'affirmer : « La juridiction administrative continue à faire partie de l'Administration active » (28).

La position du juge, face à l'Administration, est, on le devine, plus que jamais ambiguë. Elle rend fort délicate la tâche du Conseil d'Etat qui se doit de « faire respecter les lois sans rendre ce contrôle juridictionnel insupportable aux gouvernements » (29). Certes son pouvoir est redoutable puisqu'il peut annuler des actes dont certains sont d'une grande importance. Mais il en use avec beaucoup de prudence et de réserve. Ne se considérant ni comme administrateur, ni comme juge à part entière, le Conseil d'Etat ne bénéficie d'aucun des avantages attachés à l'une ou l'autre fonction. Il lui revient de sortir du dilemme dans lequel il s'est volontairement enfermé et la réforme de 1963 pourrait paradoxalement

(24) *Op. cit.*, p. 335.
(25) Duez, *Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels*, Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 131.
(26) Boulouis, *Cours..., op. cit.*, p. 77.
(27) J. Foyer, art. cit.
(28) R. Odent, *Contentieux..., op. cit.*, I, p. 26.
(29) J. Foyer, art. cit.

l'y aider. Puisqu'il est intégré à l'Administration, on ne voit pas pourquoi il se refuserait toujours à lui adresser des injonctions ou pourquoi il se montrerait pareillement réservé dans l'octroi du sursis à exécution d'une décision administrative. Administrateur, le Conseil d'Etat doit se reconnaître toutes les prérogatives attachées à cette qualité. Mais juge aussi, il n'est pas sans ignorer que la soumission de l'Administration au droit relève du « miracle », selon la formule de M. Weil (30) ; à vouloir trop sévèrement contrôler l'Administration, celle-ci ne risque-t-elle pas de lui échapper complètement ?

Toute la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat se résume dès lors dans la recherche d'un certain équilibre entre la protection des prérogatives de l'Administration et celle des droits et libertés des administrés. Cette recherche ne peut s'expliquer, à notre sens, que parce que le Conseil d'Etat est intégré à l'Administration. *A contrario,* si les juges judiciaires avaient reçu compétence pour connaître du contentieux administratif, ils n'auraient pu ni su rechercher un tel équilibre car ils sont extérieurs à l'Administration. « Ils risqueraient d'être... soit trop réservés, soit sévères mal à propos (31). » C'est justement pour éviter cet inconvénient que notre pays adopte l'existence de juridictions administratives. On ne peut expliquer autrement la dualité de juridictions que nous connaissons.

En effet, le dualisme juridictionnel n'est nullement fondé sur la séparation des pouvoirs. A l'étranger d'abord, les pays qui ont adopté le principe de séparation des pouvoirs connaissent souvent l'unité de juridiction (32). En France, par ailleurs, il apparaît que la dualité de juridictions n'est qu'une exception à ce même principe. Les études les plus récentes, telles les thèses de MM. Sandevoir (33) et Chevallier (34) le démontrent. L'autonomie de la justice administrative est due à des juristes formés sous l'Ancien Régime (35), qui dès 1789-1790 formulèrent le principe selon lequel

---

(30) Prosper Weil, *Le droit administratif, op. cit.,* p. 5.

(31) J. Rivéro, *Droit administratif, op. cit.,* p. 128.

(32) Ainsi, la Grande-Bretagne ou les Etats-Unis, ou bien encore la Belgique avant 1946.

(33) *Etudes sur le recours de pleine juridiction, L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative,* Th. Lille, L.G.D.J., 1964, p. 71.

(34) *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'Administration active,* Th. Paris, L.G.D.J., 1968, notamment, p. 291 à 294.

(35) Tels Thouret, Barnave, Ricard de Nîmes. V. Sandevoir, *op. cit.,* p. 71.

juger l'Administration, c'est aussi administrer. Dès lors, il apparaît que l'existence d'une juridiction administrative ne constitue nullement l'application de la règle de séparation des pouvoirs (36). Celle-ci intéresse les rapports de l'Exécutif et du Judiciaire qui sont hors de cause en notre domaine. L'existence d'une juridiction au sein de l'Administration correspond seulement à une séparation entre la fonction active et la fonction juridictionnelle ; elle manifeste donc uniquement la volonté d'assurer une division du travail au sein de l'Exécutif (37).

Aussi préfère-t-on actuellement faire appel à un second critère d'ordre technique qui n'est guère plus satisfaisant : l'existence d'une juridiction administrative se justifierait par la spécialité du droit applicable à l'Administration (38). Seul un juge particulièrement compétent pourrait connaître et appliquer un droit dérogatoire au droit commun et foncièrement différent de celui-ci. Cette analyse ne résiste guère à la critique. C'est faire injure au juge judiciaire que de le considérer incompétent pour connaître le droit administratif : celui-ci n'est-il pas moins technique et plus simple que le droit privé ? Du reste, les juridictions de l'ordre judiciaire se sont montrées parfaitement capables d'appliquer le droit administratif et la Cour de Cassation, dans certaine hypothèse, en fait même une obligation (39). En réalité, la création d'un droit spécial n'est que la conséquence de l'existence de juridictions administratives. L'exemple de la Belgique est très révélateur (40). Avant 1946, l'autonomie du droit administratif ne s'y était affirmée que faiblement et difficilement. Au contraire, depuis la création du Conseil d'Etat apparaissent, dans les domaines de la compétence du juge administratif, des « règles propres » souvent inspirées de la juris-

---

(36) M. Rivero (*Le pouvoir et les administrés devant le juge*, E.N.A. Cours commun général, 1955, p. 110 et suiv.) prend cependant une position plus nuancée. Pour cet auteur, le principe de séparation des pouvoirs, en théorie du moins, pouvait tout aussi bien conduire à confier le contentieux administratif au juge judiciaire qu'à des juridictions spécialisées selon que l'on insiste sur le substantif « contentieux » ou sur l'adjectif « administratif ». Cependant M. Rivero considère que seule la première interprétation est d'essence libérale et conforme à la pensée de Montesquieu.

(37) Sur tous ces points, V. J. Rivero, *Droit Administratif, op. cit.*, p. 127-128.

(38) En ce sens, V. Benoît, *Le droit administratif..., op. cit.*, p. 300-301 ; de Laubadère, *Traité..., op. cit.*, I, p. 348 ; J. Rivero, *Droit Administratif, op. cit.*, p. 130 ; concl. Fournier sur C.E., 13 janvier 1961, Magnier, R.D.P., 1961, p. 155.

(39) Civ. 23 novembre 1956, Trésor Public c/ Dr Giry, G.A., p. 454. Sur ce problème, V. Pierre Ferrari, *Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire*, Th. Paris, dactyl., 1972, p. 234.

(40) Rivero, *Droit administratif comparé, op. cit.*, p. 35.

prudence française. Ainsi, la création de juridictions administratives entraîne bien la naissance d'un droit spécial, mais il convient de ne pas prendre l'effet pour la cause et affirmer qu'un tel droit justifie un tel juge. L'argument technique est donc un fragile fondement, comme le souligne M. Gjidara (41). Et celui-ci d'en conclure : « Les conditions semblent réunies pour mettre un terme à un système juridictionnel qui n'est plus que la survivance d'un passé révolu... Ce qui importe, en réalité, c'est de constater qu'il n'y a pas d'obstacle majeur à l'unification de la fonction juridictionnelle... » (42). Conclusion un peu hâtive qui repose sur un examen superficiel, parce qu'incomplet, des fondements du dualisme juridictionnel. L'insuffisance de l'argument technique ne doit pas conduire à nier la nécessité même d'une juridiction administrative, si sa présence peut être justifiée par d'autres arguments.

Et de fait, un argument nous paraît s'imposer. Argument paradoxal, mais réaliste en même temps : la protection de l'Administration par son juge constitue la raison d'être de celui-ci. Ce juge doit avoir une « connaissance valable de l'Administration, des faits administratifs, des problèmes administratifs » (43) et prendre conscience des nécessités et des exigences du service public. Le contentieux administratif est, en effet, marqué par l'inégalité primordiale des parties en présence. Les intérêts opposés ne sont pas du même poids : d'un côté, l'intérêt général, de l'autre, un intérêt purement privé ; d'une part une autorité administrative qui ne prétend pas exercer un droit opposable à l'administré mais seulement remplir une fonction dans l'intérêt de tous (44), d'autre part un particulier qui n'excipe pas forcément d'un droit violé mais souvent d'un simple intérêt froissé. Dès lors, les autorités administratives détentrices de la puissance publique n'accepteront d'être contrôlées que « dans la mesure où elles savent que celui qui les juge tient compte de la nature et du poids de leur mission et n'oublient pas qu'elles ont la responsabilité du bon fonctionnement des services

(41) *Op. cit.*, p. 365 et suiv.
(42) *Ibid.*, p. 370.
(43) Benoit, *Le droit administratif..., op. cit.*, p. 301.
(44) Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 5e éd., 1908, p. 873 et suiv. Dans le même sens, M. Rivero souligne : « Le juge est appelé, par définition, à peser dans sa balance deux choses inégales : les deux parties qui se présentent devant lui pèsent d'un poids nécessairement déséquilibré. » Aussi, l'auteur préfère-t-il qualifier les administrés de « sujets » — cette sujétion étant « inhérente aux rapports de l'individu et du pouvoir » (*Le pouvoir et les administrés devant le juge*, E.N.A., cours commun général, 1955, p. 9).

publics, qu'elles agissent dans l'intérêt général » (45). Le juge judiciaire ne saurait satisfaire à ces conditions. Tranchant des litiges entre personnes privées, il est habitué à départager des intérêts égaux (46) ; devant lui, les parties invoquent traditionnellement des droits respectifs et s'opposent sur l'existence, l'étendue ou les conséquences de ces droits. Totalement étranger à l'Administration, il ignore les exigences de la vie administrative. Le Conseil d'Etat, à l'inverse, profondément intégré à l'Administration active, possède une mentalité d'administrateur (47). Ce qui permet à M. Rivero (48) de souligner : « Très informés des réalités administratives, les juges de l'Administration, savent jusqu'où ils peuvent aller dans le contrôle qu'ils lui imposent. » Ils ne veulent pas exercer un contrôle tâtillon sur l'action des autorités publiques. Le Conseiller d'Etat H. Puget expliquait ce souci par la vocation même de la juridiction administrative qui « est faite pour soutenir l'Administration, non la gêner, non l'irriter inutilement » (49).

Dans ces conditions, on comprend que le Conseil d'Etat, intégré à l'Administration, ait pris conscience des nécessités de celle-ci et, qu'à côté de la défense des droits individuels, il ait tenu à protéger les prérogatives des autorités administratives. Mais *cette explication n'est nullement une justification de sa politique jurisprudentielle* car souvent, nous l'avons vu, il a fait trop belle la part des impératifs du service public au détriment des libertés des particuliers.

---

(45) Bénoit, *Le droit administratif, op. cit.*, p. 302.

(46) Sur ce point, on ne saurait accepter l'opinion de M. Georges Dupuis (*Les privilèges de l'Administration..., op. cit.*, p. 66 et suiv.) qui refuse de considérer comme un principe général l'égalité entre les particuliers. Certes, nous reconnaîtrons avec cet auteur qu'il existe des « phénomènes de pression ou de contrainte plus ou moins occultes » qui peuvent altérer cette égalité. Par contre, on se doit de constater que celle-ci demeure la règle. Les inégalités de droit entre parties privées ne sont qu'exceptionnelles ; au demeurant, les deux exemples avancés par M. Dupuis, à l'appui de sa thèse, ne sont guère convaincants. L'auteur rapporte, d'une part, l'exercice de la puissance paternelle (*ibid.*, p. 71) mais l'action inégalitaire au profit du père de famille tient ici à une inégalité naturelle, d'ordre biologique entre parents et enfants ; d'autre part, l'exercice du pouvoir du chef d'entreprise sur ses salariés est encore moins déterminant, car le droit professionnel est à la limite du droit privé et du droit public (Rivero, *Droit du travail et droit administratif*, Dr. Soc., 1960, p. 610). Ce dernier exemple n'est, en réalité, que l'illustration d'une transition vers le droit public où l'inégalité est la règle — ce dont la technique de l'acte unilatéral témoigne.

(47) En ce sens, R. Ladreit de Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique..., op. cit.*, p. 267.

(48) *Droit Administratif, op. cit.*, p. 130.

(49) *Traditions et progrès au sein du Conseil d'Etat*, art. cit., p. 124.

TITRE II

MOYENS DE LA PROTECTION

Une fois éclaircie la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat dans son fondement, il convient de s'interroger sur les instruments de celle-ci. Comment, dans le contentieux de l'annulation, l'Administration se trouve-t-elle ainsi protégée ? Une réponse à cette question peut être apportée à un double point de vue. D'une part, le Conseil utilise des méthodes spécifiques qui sont inconnues du juge judiciaire et adaptées au contentieux administratif. D'autre part, le recours pour excès de pouvoir répond à une fonction bien particulière qui permet d'assurer une telle protection.

— *Chapitre I.* — Les méthodes du Conseil d'Etat.

— *Chapitre II.* — La fonction du recours pour excès de pouvoir.

CHAPITRE I

LES METHODES DU CONSEIL D'ETAT

Les méthodes de contrôle de la juridiction administrative sur les actes de l'Administration sont parfaitement originales. Il n'est point dans notre intention d'en brosser un tableau exhaustif, fût-il rapide. Nous ne pourrions que schématiser le travail récent et complet de M. Gaudemet (1). Notre dessein est différent et moins ambitieux à la fois. Nous voudrions seulement montrer comment certains aspects des méthodes du Conseil d'Etat permettent d'expliquer la protection accordée par la Haute Juridiction aux prérogatives de l'Administration active.

Certains auteurs semblent nier la spécificité des méthodes du juge administratif français et considérer que le Conseil d'Etat exerce exclusivement un contrôle juridictionnel (2) ; en cette optique, il se contenterait de dire le droit et de résoudre un conflit de règles juridiques hiérarchisées. Mais cette thèse — pour être exacte — supposerait essentiellement la réunion de deux conditions : il faudrait d'abord que la notion de légalité ait été préalablement et rigoureusement définie et par ailleurs que le juge annulât systématiquement mais exclusivement les décisions contraires à un texte de loi ou de règlement. Or ni l'une, ni l'autre de ces conditions ne sont remplies car le Conseil d'Etat participe à la définition de la légalité et délimite ses pouvoirs juridictionnels.

— *Section I.* — Le Conseil d'Etat participe à la définition de la légalité.

— *Section II.* — Le Conseil d'Etat délimite ses pouvoirs juridictionnels.

---

(1) *Les méthodes du juge administratif*, Th. Paris, L.G.D.J., 1972.

(2) Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel, op. cit.*, p. 10.

SECTION I. — LE CONSEIL D'ETAT PARTICIPE A LA DEFINITION DE LA LEGALITE.

Le Conseil d'Etat a un rôle très original dans l'élaboration des règles du droit administratif. Tantôt, il est source directe de légalité, tantôt il n'intervient qu'indirectement par une interprétation large des textes écrits.

§ I. — *La légalité jurisprudentielle.*

Il est banal d'affirmer que le droit administratif est un droit prétorien dont la jurisprudence du Conseil d'Etat est la source la plus féconde. Mais il est intéressant de réfléchir sur la portée de cette assertion : est-ce bien son caractère jurisprudentiel qui caractérise le droit administratif ? Après tout, le juge judiciaire, lui aussi, pose des règles qui auront une certaine portée normatrice. Cependant, la jurisprudence administrative est bien spécifique : le juge judiciaire ne peut qu'interpréter et appliquer les textes existants ; l'abondante jurisprudence sur la responsabilité civile est, malgré son audace, entièrement rattachée aux articles 1382 et suivants du Code Civil. Le juge administratif se reconnaît, à l'inverse, un pouvoir créateur : indépendamment des textes qui étaient jadis assez rares et sont demeurés épars, il forge les normes auxquelles il entend soumettre les activités de la puissance publique. M. Hamson a pu fort justement écrire : « Le droit du Conseil d'Etat est plus purement et plus exclusivement jurisprudentiel que ne l'est la Common Law dans l'Angleterre d'aujourd'hui » (3).

Dès lors, dans l'appréciation du contentieux administratif, il convient de dépasser la conception légaliste (4) qui attribue un rôle purement passif au juge. Le Commissaire du Gouvernement Rivet s'adressant à ses collègues du Palais-Royal pouvait souligner : « S'il est intéressant pour vous de connaître les applications que font du Code Civil... les Tribunaux judiciaires... vous ne sauriez oublier qu'ayant à trancher non un litige entre particuliers mais un litige où l'Etat est partie, votre décision peut s'inspirer de prin-

---

(3) *Pouvoir discrétionnaire..., op. cit.*, p. 136-137.

(4) Dubisson, *La distinction..., op. cit.*, p. 13 et suiv.

(5) Concl. sur C.E., 25 novembre 1921, Olive, R.D.P., 1927, p. 107.

cipes différents. Vous êtes maîtres de votre jurisprudence. A vous de créer... en ne retenant les règles du Code Civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective. » L'opposition entre les méthodes du Conseil d'Etat et celles de la Cour de Cassation est ici esquissée. Celle-ci ne juge qu'en droit pur et ne pourrait — le voudrait-elle — tenir le même rôle de protection des prérogatives de l'Administration que le Conseil d'Etat. Il y a, en effet, « un point critique où la règle juridique ne saurait être infléchie par aucune considération de fait ». C'est bien pourquoi, ajoute M. Burdeau, « lorsque l'exécutif cherche à étendre ses pouvoirs, il s'efforce d'éliminer l'intervention judiciaire » (6). La Cour de cassation donc, à cause des techniques juridictionnelles qui lui sont propres, ne serait pas à même de faire la part des nécessités administratives dont le Conseil d'Etat ne peut mesurer le poids et la valeur que par un examen minutieux des faits qui lui sont soumis. Seul le juge administratif peut abandonner parfois les considérations juridiques pour la défense des intérêts primordiaux de l'Etat (7).

De fait, la théorie des pouvoirs de crise permet à l'Administration de suspendre l'application de prescriptions législatives inconditionnelles. Le rôle du Conseil d'Etat est déterminant en la matière, ainsi que le souligne M. Eisenmann : « Puisqu'il s'agit, par hypothèse, de dispositions inconditionnelles, c'est-à-dire dont la loi elle-même ne prévoit absolument pas que l'application en serait ou pourrait en être écartée en certaines circonstances, c'est manifestement le juge qui donne à l'Administration l'autorisation, qui fonde son pouvoir de prendre des décisions contraires à la loi, qui la dispense d'obéir à celle-ci, de la respecter » (8). Nous avons vu que le Conseil d'Etat ne se privait, du reste, pas de cette possibilité de suspendre la législation en vigueur et de lui en substituer une autre d'exception (9).

---

(6) Georges Burdeau, *Les libertés publiques, op. cit.*, p. 79 ; pour un exemple très révélateur de cette tendance, dans le plein contentieux, v. l'affaire Grange c/ Nardon qui a donné lieu à une décision du Tribunal des Conflits en date du 9 juillet 1953 (*J.C.P.*, 1953, II, 7797, note Rivero).

(7) En ce sens, V. R. Ladreit de Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique..., op. cit.*, p. 267.

(8) Eisenmann, E.D.C.E., 1957, p. 39. Dans la même optique, M. Trotabas a pu constater : « La jurisprudence s'affranchit fréquemment de la lettre de la loi et n'hésite pas à construire contrairement aux dispositions du texte législatif. » (Rev. de Science et de Législation Financière, 1928, p. 210).

(9) V. *supra*, p. 226 et suiv.

Les principes généraux du droit sont également très révélateurs de cette attitude jurisprudentielle. Ils ont été forgés par le Conseil d'Etat pour combler les lacunes de la législation et sont, de ce fait, l'expression d'un pouvoir quasi législatif du juge. L'article 5 du Code Civil interdisant au juge de procéder par voie de disposition générale et réglementaire, le Conseil d'Etat a dû user d'un subterfuge : il a officiellement considéré que les principes lui étaient extérieurs et qu'il ne faisait que les appliquer. Mais « se croyant serviteur des principes, il en est, en fait, le créateur », selon l'expression de M. Rivero (10) dont la théorie a été reprise par M. Jeanneau, dans sa thèse (11). Les principes généraux sont la manifestation d'un pouvoir normatif du juge, d'un pouvoir quasi législatif « qui consiste dans la création de règles affectées, au plus haut degré, d'un coefficient de justice et de moralité, douées d'un très grand rayonnement et d'une certaine stabilité dans le temps » (12). A ce titre, les principes généraux sont l'expression de normes abstraites qui fonderont de nombreuses règles jurisprudentielles. De ce fait, ils résument toute la philosophie politique et administrative du Conseil d'Etat.

Quel a été le processus d'établissement des principes généraux du droit par le Conseil d'Etat ? Il semble possible de distinguer deux méthodes. Le Conseil d'Etat a pu d'abord dégager certains principes d'un ensemble de règles écrites, telles celles inscrites dans les Déclarations de droits, les Préambules des Constitutions ou les lois fondamentales de la République ; ainsi le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou celui de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Mais le Conseil d'Etat a dû également en créer d'autres de toutes pièces à la mesure des services publics que ces principes sont censés gouverner. Cette création est « impliquée par l'existence de notre organisation politique : elle se résume dans l'idée que l'intérêt général représenté par les services publics doit disposer des prérogatives nécessaires pour l'emporter sur les intérêts privés et elle a pour corollaire les exigences de la régularité et de la continuité des services publics » (13). Par ces principes, le juge veut attribuer aux autorités compétentes

---

(10) J. Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* D. 1951, chr. p 21 et suiv.

(11) Benoit Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Th. Paris, Sirey 1954.

(12) B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 248.

(13) Odent, *Contentieux..., op. cit.*, p. 1190.

tous les pouvoirs qui leur sont nécessaires pour assurer le bon fonctionnement des services dont elles ont la charge. En pratique donc, certains de ces principes renforceront l'autorité de l'Etat dans le sens de l'intérêt général et en fonction du bien commun tandis que d'autres préserveront la personne humaine : « C'est la qualité de la conciliation réalisée entre eux qui fait la valeur et la résistance des régimes tant juridiques que politiques » (14). Mais nous retiendrons que, dans les deux cas, ces principes sont l'œuvre du Conseil d'Etat (15).

§ II. — *Interprétation jurisprudentielle de la légalité.*

Le Conseil d'Etat n'interviendra parfois que médiatement dans la définition de la légalité par l'interprétation des textes écrits. Du fait de son objet, le recours en annulation est présenté comme une modalité du contentieux de la légalité puisqu'il aboutit à faire annuler par le juge l'acte illégal (16). Mais l'application de la loi nécessite aussi son interprétation et le Conseil d'Etat fera en sorte de ne pas gêner le fonctionnement des services publics (17). Aussi le recours pour excès de pouvoir ne vise-t-il pas réellement ou du moins uniquement l'application du principe de légalité. Le Conseil d'Etat valide souvent un régime d'alégalité et parfois même des illégalités.

L'alégalité n'est pas rare dans la vie administrative, ainsi que M. Eisenmann l'a souligné (18). Le principe de légalité c'est, *stricto sensu*, un principe de *conformité* à la loi : l'intervention du pouvoir administratif présuppose l'existence d'une législation qui la fonde et la valide. Dans cette optique, l'autorité administrative ne pourrait prendre que les actes prévus et autorisés par le législateur (19). Mais le Conseil d'Etat a toujours interprété très largement le principe de légalité dont il ne sanctionne l'inobservation qu'au cas *d'incompatibilité* de l'acte administratif incriminé avec

(14) *Ibid.*, p. 250.

(15) En cela, ils se distinguent profondément des principes généraux dégagés par le juge judiciaire qui ne sont que le prolongement ou l'explicitation de la règle écrite (Boulanger, *Principaux généraux du droit et droit positif*, Mél. Ripert, I, p. 51).

(16) A. de Laubadère, *Traité...*, *op. cit.*, p. 230.

(17) R. Odent, *Contentieux...*, *op. cit.*, p. 26.

(18) C. Eisenmann, *Le Droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E., 1957, p. 25 et suiv.

(19) Nous n'envisageons pas ici, bien sûr, les hypothèses constitutionnelles d'alégalité qui se résument essentiellement dans l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome, au titre de l'art. 37 de la Constitution de 1958.

le bloc de la légalité. Dès lors, n'est annulable que le texte incompatible avec l'ensemble des normes qui lui sont supérieures. Cette interprétation fournira à l'Administration l'occasion d'un accroissement de ses prérogatives. Ainsi, peut-on expliquer l'apparition du pouvoir réglementaire autonome des ministres (20) ou bien encore l'exécution forcée des décisions administratives en dehors des cas expressément prévus par le législateur (21). Le Conseil d'Etat étend de lui-même les moyens d'action de l'Administration dont il élargit librement tant la compétence que les pouvoirs : il autorise alors l'Administration et le Gouvernement à prendre des actes qui, bien que non conformes *stricto sensu* à la légalité, sont compatibles avec elle, c'est-à-dire ne lui sont pas contraires. Aussi vivons-nous bien davantage sous un régime administratif d'alégalité que de légalité. On peut opposer cette méthode du Conseil d'Etat à celle du Conseil Constitutionnel qui applique un principe strict de conformité : il exige que le Parlement ait une action conforme à la Constitution, c'est-à-dire que l'acte ait été prévu par la Constitution. Dans le silence de celle-ci, le législateur ne peut agir (22).

Dans une seconde série d'hypothèses, « la jurisprudence déclare permises et régulières des conduites contraires au droit législatif ; autrement dit elle autorise l'Administration à aller contre la loi et à ne pas la respecter » (23). Le Conseil d'Etat valide ainsi des réglementations incompatibles avec la législation en vigueur. En ce sens, nous avons déjà eu l'occasion de souligner que tout acte illégal n'est pas automatiquement annulé par le Conseil d'Etat, certains moyens tirés de l'illégalité de la décision étant considérés comme inopérants (24), d'autres comme non-fondés (25). Egalement, lorsqu'une décision est rédigée en termes ambigus permettant deux interprétations — l'une aboutissant à la faire déclarer illégale, l'autre étant compatible avec sa légalité — le Conseil d'Etat adopte la seconde interprétation qui lui permet de « sauver » la décision administrative contestée (26). C'est ce que les membres du Palais-Royal appellent : « Retirer à un texte son venin ».

---

(20) *Supra*, p. 183 et suiv.
(21) *Supra*, p. 219 et suiv.
(22) F. Batailler, *Le Conseil d'Etat..., op. cit.*, p. 48.
(23) Eisenmann, art. cit., p. 38-39.
(24) *Supra*, p. 45 et suiv.
(25) *Supra*, p. 48 et suiv.
(26) V. Odent, *Contentieux..., op. cit.*, p. 26-27 et la jurisprudence citée — notamment C.E., Ass. 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, Rec. p. 9 ; C.E., 6 février 1970, Préfet de Police c/Kuergelen, Rec. p. 87, concl. Bertrand.

Le recours pour excès de pouvoir permet donc au Conseil d'Etat de modeler, à son gré, la légalité dont il impose le respect à l'Administration et celle qu'il accepte de ne pas voir appliquer, en exemptant l'Administration de son obligation d'obéissance envers le législateur. L'Administration a une mission impérative d'intérêt général que concrétisent des tâches immenses. Aussi le Conseil d'Etat ne veut-il pas l'obliger à respecter, à la lettre, une légalité trop stricte qui pourrait l'entraver dans son action.

SECTION II. — LE CONSEIL D'ETAT DELIMITE SES POUVOIRS JURIDICTIONNELS.

Le Conseil d'Etat définit ses propres pouvoirs juridictionnels. Il est tout d'abord maître de sa compétence sous réserve de l'application de quelques textes, assez rares au demeurant, et sous l'arbitrage du Tribunal des Conflits. Mais c'est lui qui, volontairement, refuse de connaître des actes de gouvernement qu'il soustrait ainsi, de lui-même, à tout contrôle juridictionnel. C'est lui encore, et à l'inverse, qui, malgré la suppression par la loi de toute possibilité de recours, considère que le législateur n'a pas entendu exclure le recours pour excès de pouvoir « qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité. » (27).

Le Conseil d'Etat est ensuite maître de l'utilisation de ses pouvoirs : nous avons déjà eu l'occasion de souligner qu'il limitait volontairement l'efficacité de ses pouvoirs d'annulation en se refusant notamment à adresser des injonctions à l'Administration (28) ou bien encore en posant des conditions non prévues par la loi à l'octroi du sursis à exécution des décisions administratives (29). Cette volonté du Conseil d'Etat de se limiter dans l'utilisation de ses pouvoirs juridictionnels paraît très ancrée dans l'esprit de ses membres. Tout récemment, M. Braibant, Commissaire du Gouvernement, constatait devant l'Assemblée du Contentieux : « Naturellement, vous exercez ce contrôle (de l'excès de pouvoir) conformément à vos habitudes et, pour reprendre l'expression que le Code

(27) C.E. 17 février 1950, Dame Lamotte, G.A., p. 325.
(28) V. *supra*, p. 62 et suiv.
(29) V. *supra*, p. 25 et suiv.

de Déontologie médicale applique à la fixation des honoraires, *avec tact et mesure* » (30). Il revient au Conseil d'Etat de mesurer l'intensité des pouvoirs juridictionnels dont il veut user.

La Haute Juridiction crée également ses propres concepts qu'elle systématise par voie d'induction (31). De fait, les constructions utilisées par le Conseil d'Etat sont souvent imprécises. Ainsi en est-il des théories (32), des principes généraux du droit dont l'utilité même invite à une certaine imprécision » (33), des notions (34), des catégories (35), Ces dernières sont particulièrement nécessaires dans le contentieux de l'excès de pouvoir, car elles permettent de rassembler sous une rubrique distincte celles des notions qui régissent immédiatement des situations nettement définies quant à leur nature et quant aux effets juridiquement inclus dans la situation ou en liaison avec elles » (36).

Le Conseil d'Etat déterminera librement les catégories juridiques qu'il utilisera dans l'exercice de ses pouvoirs juridictionnels. Il les créera et les modèlera à la mesure de ses besoins. C'est ainsi qu'il a pu créer une catégorie juridique des perspectives monumentales ou une autre des films immoraux ; par contre, il s'est refusé à créer une catégorie des pièces dignes d'être jouées à la Comédie Française (37). Libre création donc, mais encore souplesse des catégories juridiques. Les contours en sont souvent incertains : ainsi des actes de gouvernement dont la liste est éminemment variable ; ainsi des mesures de police et des sanctions, catégories aux frontières mal déterminées (38). Parfois les effets de ces catégories juridiques sont imprécis — telles les circonstances exceptionnelles dont la reconnaissance n'emporte pas de conséquences juridiques immuables. En réalité, le juge choisit toujours « des formules souples » qui lui laissent de larges possibilités de manœu-

---

(30) Concl. sur C.E. 28 mai 1971, Min. de l'Equipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle Est, A.J.D.A., 1971, p. 463.

(31) En ce sens, cf. R. Latournerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, in* Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Paris, Sirey, 1952, p. 177 à 275. L'ancien Président affirme : « Le juge est fréquemment réduit à forger ses propres instruments et parfois même à se procurer jusqu'aux prémisses de son raisonnement. »

(32) V. Y. Gaudemet, *Les méthodes..., op. cit.*, p. 32.

(33) *Ibid.*, p. 35.

(34) *Ibid.*, p. 37 et suiv.

(35) *Ibid.*, p. 39 et suiv.

(36) Latournerie, art. cit., p. 197.

(37) V. *supra*, p. 101.

(38) D. Loschak, *Le rôle politique..., op .cit.*, p. 223.

vrer (39). Ayant la maîtrise de ses pouvoirs juridictionnels, le Conseil d'Etat évitera tout dogmatisme et sera à même de prendre les solutions qui lui semblent les plus convenables.

L'Administration est tenue d'agir dans le sens de l'intérêt général et le Conseil d'Etat soumet à cette condition de but toute l'activité des autorités compétentes ; son inobservation est sanctionnée par le détournement de pouvoir. Mais nous avons remarqué que le Conseil d'Etat ne recourait que rarement à cette ultime sanction ; en matière économique, l'Administration est même présumée poursuivre cet intérêt général (40). M^lle^ Kessler (41) a tenté de préciser les mécanismes de cette politique jurisprudentielle : les membres du Conseil possèderaient, au plus haut degré, selon l'auteur, « le sens de l'Etat ». Le Conseil d'Etat recherche certes la conciliation, la plus heureuse possible, entre l'intérêt général et les intérêts individuels, mais il sait aussi qu'il doit se consacrer fidèlement au service de l'Etat. Dans chaque affaire, le Conseil recherchera quel est l'intérêt de l'Etat ; « il doit être conscient des nécessités de l'action administrative et ne pas l'enfermer dans des règles d'une logique juridique trop stricte qui l'empêcheraient d'agir efficacement » (42). Les raisons de bonne administration ne sont jamais absentes de la pensée du Conseil d'Etat, bien que ce dernier n'y fasse pas expressément référence dans ses arrêts (43).

Dans ces conditions, on n'est pas étonné de constater que le Conseil d'Etat considère certaines mesures — bien qu'illégales au fond — comme justifiées par l'intérêt général. Il en sera particulièrement ainsi lorsque le texte législatif à appliquer reste muet sur le but en vue duquel l'action administrative qu'il règlemente pourra s'exercer. Généralement, le Conseil d'Etat recherchera alors, de lui-même, ce but en fonction duquel il validera les décisions administratives attaquées. L'arrêt Abbé Bouteyre (44) est des plus net en ce sens ; le Conseil d'Etat a considéré, dans le silence de la loi, que l'agrégation, instituée en vue du recrutement des professeurs de l'enseignement secondaire public, ne conférait pas un grade universitaire, mais un simple titre professionnel assurant des avantages particuliers à ses détenteurs dans l'enseignement public ;

---

(39) J. Rivero, *Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice*, D. 1954, chr., p. 157.
(40) V. *supra*, p. 96 et suiv.
(41) *Le Conseil d'Etat*, A. Colin, 1968, p. 218.
(42) *Eod. loc.*
(43) En ce sens, V. M. Letourneur, Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 189.
(44) C.E., 10 mai 1912, G.A., p. 107.

il en a déduit « que les textes ont donc pu légalement, étant donné ce caractère de l'agrégation, ne pas le rendre applicable à tous, mais le réserver aux candidats agréés par le Ministre ». Le Conseil d'Etat accorde ainsi au Ministre, *praeter legem*, des pouvoirs non prévus par les textes ; c'est dans l'intérêt général que ces pouvoirs lui ont été reconnus ; le Commissaire du Gouvernement Helbronner soulignait à ce propos : « l'Etat a le droit... de s'assurer que le candidat à une fonction ne se trouve pas dans le cas de ne pas la remplir selon l'esprit et le but en vue desquels la loi l'a instituée. L'autorité qui fait la nomination a donc, forcément, dans l'intérêt du service que la fonction a pour but d'assurer, à exercer un certain pouvoir d'appréciation sur les mérites des candidats » (45). La doctrine s'est généralement montrée très sévère à l'égard de cette jurisprudence. Qu'il nous suffise de rapporter ici l'opinion récemment émise par M. Dubisson (46) : « C'est seulement après s'être livré à une analyse tendancieuse du but des textes du droit positif que le Conseil d'Etat a choisi, de sa propre initiative, de laisser les plus larges pouvoirs à l'Administration ». La fin justifie les moyens : la réalisation de l'intérêt général entraîne un accroissement des pouvoirs de l'Administration ; l'autorité compétente s'attribue elle-même les prérogatives qui lui paraissent nécessaires pour l'exercice de sa mission et la juridiction administrative avalise cette extension.

Les méthodes du Conseil d'Etat sont souples et pragmatiques et permettent à la Haute Juridiction d'exercer traditionnellement « une action combinée d'audace et de prudence » (47). Dans cette voie le juge suprême est toujours à la recherche d'un équilibre entre la protection des prérogatives administratives et celle des droits et libertés des particuliers.

---

(45) Concl. sur C.E. 10 mai 1912, Abbé Bouteyre, précité, Rec. p. 553.

(46) *La distinction..., op. cit.*, p. 94.

(47) Letourneur, *Le contentieux administratif en droit comparé*, fasc. II, p. 10 (ronéoté), Association Internationale pour l'enseignement du droit comparé, Madrid, 1961, n° 6.

CHAPITRE II

LA FONCTION DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

L'ambiguïté du Conseil d'Etat n'est pas sans entraîner celle du recours pour excès de pouvoir dont la nature est difficile à discerner. On a coutume d'opposer contrôle administratif et contrôle juridictionnel (1) : nettement distincts par leurs procédures et par leurs effets, le premier est exercé par une autorité administrative ; le second est assuré par un juge et le type même en serait le recours pour excès de pouvoir. Seulement, nous avons vu que le Conseil d'Etat n'était pas un véritable juge (2) et pouvait être plus justement qualifié d'administrateur contentieux. Dès lors, le recours en annulation ne saurait être rangé parmi les techniques de contrôle juridictionnel. Le recours pour excès de pouvoir devrait-il alors être plutôt considéré comme une des modalités du contrôle administratif ? Certains l'ont pensé. Tel, le Commissaire du Gouvernement Teissier qui proclamait en 1908, s'adressant aux membres de la Haute Assemblée : « Votre mission apparaît plus comme un contrôle administratif suprême exercé *a posteriori* en la forme judiciaire que comme un contentieux à proprement parler, dans le sens ancien et étroit du mot » (3). Dans la même perspective, Duguit a pu écrire, encore qu'à partir d'un raisonnement très différent : « Par l'acte juridictionnel, le gouvernant constate l'existence d'une situation juridique subjective. Aussi, le recours pour excès de pouvoir n'a-t-il que la forme d'un jugement puisqu'il pose une question de droit objectif... la décision du Conseil d'Etat n'est donc juridictionnelle qu'en la forme : elle reste l'acte d'un supérieur hiérarchique. » (4). Explication qui peut être confortée par le fait

(1) A. de Laubadère, *Traité..., op. cit.*, I, p. 228.
(2) *Supra*, p. 241 et suiv.
(3) Concl. Teissier sur C.E. 5 juin 1908 Marc c/ Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris, Rec. p. 622.
(4) Duguit, *L'Etat*, p. 533.

qu'il suffit d'invoquer un simple intérêt froissé pour être recevable à intenter un recours pour excès de pouvoir. Cette position a été développée par M. de Lacharrière dans sa thèse consacrée au « contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle » (3). Mais l'auteur, pour étayer sa théorie, n'envisage qu'un des aspects de la pratique jurisprudentielle à savoir la diminution des pouvoirs de l'Administration du fait de l'intervention du Conseil d'Etat. Celui-ci impose en effet des sujétions particulières aux autorités publiques — ce qui ne peut s'expliquer que par le caractère hiérarchique du contrôle exercé. Reprenons le cas du retrait : le Conseil d'Etat consacre le pouvoir pour l'Administration de retirer ses actes irréguliers ; règle qu'il assortit d'une limite fondée sur des considérations pratiques : le retrait n'est possible que dans les délais du recours pour excès de pouvoir — « prohibition de nature hiérarchique qui restreint pour l'Administration l'exercice de ce droit » (6). L'argumentation est séduisante, mais elle laisse dans l'ombre des aspects fondamentaux de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat : en particulier, elle ne permet pas d'expliquer toutes les autolimitations du juge administratif à l'égard de l'Administration active (7). Plus : ces réserves du Conseil d'Etat seraient impensables si le recours pour excès de pouvoir était un véritable instrument de contrôle hiérarchique.

Dans ces conditions, on ne peut que constater l'échec des tentatives faites pour cerner la nature du recours pour excès de pouvoir. Celui-ci ne saurait être rangé dans une catégorie juridique préétablie. On peut seulement essayer d'en présenter les caractères. Il faut, bien sûr, partir de l'origine historique du recours ; les lois des 7 et 14 octobre 1970 avaient prévu que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des Tribunaux ; elles doivent être portées au Roi, Chef de l'Administration générale ». On a voulu ainsi éviter que les juridictions judiciaires ne s'immiscent dans l'examen des affaires administratives — et l'attribution de la justice déléguée au Conseil d'Etat en 1872 ne changera rien à cet état d'esprit. Le recours pour excès de pouvoir a pour objet de vérifier la légalité des décisions administratives et pour but d'assurer le bon fonctionnement de la machine administrative. Ce dernier aspect n'a malheureusement pas été assez souvent mis en relief. Le Père

(5) Th. Paris, Sirey, 1937.
(6) *Ibid.*, p. 140.
(7) V. *supra*, 1re partie.

Renard distinguait, pour chaque groupe social, l'ordre extérieur et l'ordre intérieur (8). L'ordre extérieur préside aux relations de personne à personne : ainsi dans le contentieux de pleine juridiction, le procès se joue uniquement entre demandeur et défendeur et n'a d'effets qu'entre eux. Au contraire, le recours pour excès de pouvoir vise « au redressement de l'ordre intérieur à l'Administration, de l'ordre constitué par les rapports des administrés et des agents administratifs entre eux, en tant qu'organes de l'Administration » (9). Aussi, comprend-on qu'un ministre soit recevable à intenter un recours contre la décision d'un autre ministre (10) — bien que cette recevabilité porte atteinte à l'unité de l'Etat (11), car le redressement de l'ordre juridique étatique est en cause. De même, s'explique-t-on qu'il suffise d'invoquer un simple intérêt froissé — et non pas nécessairement un droit violé — pour être recevable à intenter un recours pour excès de pouvoir. De même, on comprend parfaitement que le jugement d'annulation ait effet *erga omnes*. La relation avec les particuliers n'est que seconde, surtout lorsque le recours vise un acte collectif ou réglementaire : à court terme, l'annulation est sans doute dans l'intérêt des administrés ; à long terme, elle est sûrement dans l'intérêt de l'Administration (12). Ce qui a permis à M. Weil d'écrire : « Le recours pour excès de pouvoir a pour but de supprimer le désordre à l'intérieur de la société considérée sous l'angle administratif. » (13). C'est l'Administration qui, en dernier lieu, sera bénéficiaire du recours en annulation. Le Conseil d'Etat n'est là que pour fixer les règles de la bonne administration et en demander le respect. De ce fait, il apparaît que l'empirisme du juge administratif est, selon l'expression de M. Rivero (14), au service d'une doctrine. Cette doctrine comporte, ainsi que M. Gaudemet l'a montré dans sa thèse (15), la liberté d'action du pouvoir politique et comme complément la notion de « l'Administration raisonnable » incluant, d'une part, la nécessité de l'efficacité de l'action administrative, d'autre part, la

(8) Renard, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé, in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. Gény, 1935, III, p. 82.
(9) Renard, *eod. loc.*
(10) C.E., 10 mars 1933, Min. des Fin., Rec. p. 337 ; C.E., 2 novembre 1934, Min. de l'Intérieur, Rec. p. 996.
(11) En ce sens, Long, Weil et Braibant, *Les grands arrêts..., op. cit.*, p. 45.
(12) En ce sens, v. C. J. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire..., op. cit.*, p. 197.
(13) P. Weil, *Les conséquences..., op. cit.*, p. 20.
(14) V. Yves Gaudemet, *Les méthodes..., op. cit.*, p. 359.
(15) *Ibid.*, p. 390.

sauvegarde des droits des administrés (16). Ces données peuvent être précisées : la liberté d'action du pouvoir politique se manifeste par l'autolimitation du Conseil d'Etat qui soit n'exerce qu'un contrôle restreint sur les données politiques (17), soit n'applique aucun contrôle à certains actes de cette nature (18). Par ailleurs, le Conseil d'Etat assure l'efficacité de l'action administrative soit en limitant son contrôle sur les décisions qui lui sont soumises (19) soit en reconnaissant des pouvoirs propres aux autorités compétentes (20). Enfin, la sauvegarde des droits des administrés implique essentiellement la possibilité de recourir au juge pour demander l'annulation de tout acte émanant d'une autorité administrative (21) et l'assurance d'une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'Administration active (22).

Le recours en annulation a pour rôle d'assurer une bonne administration en censurant les excès de pouvoir qui ont pu être commis par les autorités administratives. Mais cet objectif n'exclut pas la protection des particuliers. Aussi, le Conseil d'Etat tente-t-il de protéger le bon fonctionnement de la machine administrative en reconnaissant certaines prérogatives aux autorités publiques tout en voulant sauvegarder les droits et libertés essentielles des citoyens.

---

(16) En ce sens, v. Pépy, *Justice anglaise et justice administrative française*, E.D.C.E., 1956, p. 164.
(17) V. *supra*, p. 104.
(18) V. *supra*, p. 120.
(19) V. *supra*, 1re partie.
(20) V. *supra*, 2e partie.
(21) C.E. 17 février 1950, Dame Lamotte, G.A., p. 325.
(22) V. *infra*, p. 270 et suiv.

TITRE III

CARACTERES DE LA PROTECTION

Il apparaît très délicat de se pencher sur les caractères de la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat. La jurisprudence analysée précédemment n'est, bien sûr, pas ordonnée en un tout cohérent et les lignes de force, les clivages généraux manquent souvent qui permettraient de l'apprécier à sa juste valeur.

Nous voudrions seulement présenter deux traits essentiels qui nous paraissent caractériser cette protection. D'abord, cette protection n'est pas uniforme, mais éminemment variable. Ensuite, c'est le Consel d'Etat qui l'assume volontairement.

— *Chapitre I.* — Une protection variable.

— *Chapitre II.* — Une protection volontaire.

CHAPITRE I

UNE PROTECTION VARIABLE

Le contrôle juridictionnel des actes de l'Administrstion n'est ni général, ni absolu : il a ses règles propres qui varient selon les besoins et les nécessités du service. Les propres termes de la jurisprudence Blanco, relative à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, sont parfaitement transposables dans le domaine du recours pour excès de pouvoir. C'est l'intérêt général longtemps ramené au but de service public de l'action administrative qui doit guider le juge dans les modalités de son contrôle dont l'intensité est variable.

Deux facteurs principaux de cette intensité peuvent être mis en relief : le contrôle du juge variera en fonction de la qualité de l'autorité mise en cause, d'une part, et de la nature du pouvoir exercé, d'autre part.

— *Section I.* — La qualité de l'autorité.

— *Section II.* — La nature du pouvoir.

SECTION I. — LA QUALITE DE L'AUTORITE.

Le contentieux de l'excès de pouvoir est un contentieux objectif, mais par-delà le procès fait à un acte administratif, le Conseil d'Etat ne peut pas ignorer l'autorité émettrice de cet acte. En ce sens, nous pouvons relever trois attitudes caractéristiques du juge suprême. D'abord, il immunise l'action des autorités politiques, ensuite, il accorde des prérogatives spécifiques aux autorités ministérielles, enfin, il ne protège pas les autorités para-administratives.

§ I — *Le Conseil d'Etat immunise l'action des autorités politiques.*

Par principe, le Conseil d'Etat ne veut pas connaître des actes émanant des autorités politiques : il les qualifie généralement d'actes de gouvernement (1) ; parfois il déclarera seulement le recours irrecevable au motif que l'acte attaqué porte sur des matières législatives de l'article 34 — ainsi, en est-il de certaines décisions prises en vertu de l'article 16 (2). Si le fondement juridique n'est pas le même dans ces deux hypothèses, l'idée maîtresse est pourtant identique. Le Conseil d'Etat est juge de l'Administration et non du Pouvoir Politique. Mais c'est là bien plus une tendance qu'un clivage net ; les contours, en effet, en sont mal dessinés dans la mesure où le politique et l'administratif sont eux-mêmes difficiles à distinguer : les instances suprêmes de l'Etat sont à la fois organes politiques et autorités administratives supérieures.

Cette tendance est certaine : nous avons vu que les actes de gouvernement ne reposaient sur aucun critère juridique, mais seulement sur un fondement politique (3). Dès lors, la théorie jurisprudentielle ne peut s'expliquer que par la volonté d'immuniser l'action du pouvoir politique.

Quant aux décisions de l'article 16, l'explication est moins évidente, mais elle nous paraît aller dans le même sens. Le Conseil d'Etat rejette le recours contre certaines d'entre elles seulement — celles qui portent sur des matières législatives. Cette explication se se suffit-elle à elle-même ? Assurément non, car le Conseil d'Etat accepte de connaître de bien d'autres actes administratifs qui portent sur des matières législatives — et en premier lieu des ordonnances de l'article 38 (4). Il n'existe donc aucune irrecevabilité de principe fondée sur le domaine législatif ou non de l'acte administratif en cause. En réalité, la solution de l'arrêt Rubin de Servens conduit le juge à écarter du prétoire les décisions les plus fondamentales du Chef de l'Etat puisque ce sont celles qui dépassent les pouvoirs normaux de l'Exécutif ; en pratique du reste, la quasi-totalité des décisions prises en vertu de l'article 16 relevaient du domaine de la loi. Par sa jurisprudence, le Conseil d'Etat s'est donc finalement

---

(1) V. *supra*, p. 120.

(2) V. *supra*, p. 126.

(3) V. *supra*, p. 124.

(4) C.E. 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, Rec. p. 658.

interdit de connaître des décisions de l'article 16 parce qu'il s'agit de mesures émanant de la première autorité politique de l'Etat.

En principe donc, le Conseil d'Etat veut préserver la liberté d'action du pouvoir politique (5). Cependant, il faut bien reconnaître que cette tendance connaît des exceptions fort remarquables, dont l'arrêt Canal témoigne (6). En cette affaire, le Conseil d'Etat n'a tenu compte que de la nature de l'acte qui lui était soumis et qu'il a assimilé aux ordonnances prises sur habilitation législative. La solution donna lieu à une véritable querelle dont le Conseil d'Etat fit les frais (7). En effet, le Président de la République et le Gouvernement ont considéré que le Conseil d'Etat était sorti de son domaine qui est de juger les actes de l'Administration (8).

Le Conseil d'Etat a donc un équilibre — mais un équilibre très subtil — à conserver, car son esprit est à base d'indépendance, mais « d'une indépendance qui s'associe au loyalisme » (9). Tout à la fois « le corps ne saurait prendre attitude d'opposition systématique envers un gouvernement, encore moins envers le régime » et doit cependant savoir « garder son franc-parler » (10).

§ II. — *Le Conseil d'Etat accorde des prérogatives spécifiques aux autorités ministérielles.*

Les Ministres sont à la tête des grands services administratifs de l'Etat : de ce fait, le Conseil d'Etat leur reconnaît des prérogatives particulières dans l'organisation et le fonctionnement des services placés sous leur autorité. Ainsi, ils ont un pouvoir réglementaire pour l'organisation et la gestion des services étatiques placés sous leur autorité (11). Car, ainsi que le soulignait le Commissaire du Gouvernement Bertrand, « les Ministres sont seuls à avoir normalement la qualité de chefs de service en même temps qu'ils sont seuls à même d'apprécier au niveau du Gouvernement les nécessités de l'ordre public. » (12).

---

(5) En ce sens, v. Gaudemet, *Les méthodes..., op. cit.*, p. 188. Romieu affirmait déjà en 1892 la nécessité pour le juge de tenir compte des impératifs du libre fonctionnement des organes constitutionnels (concl. sur C.E. 2 décembre 1892, Mogambury, S. 1894, III, 97).

(6) C.E. 19 octobre 1962, G.A., p. 504.

(7) V. *supra*, p. 240.

(8) En ce sens, v. Bénoit, *Le droit administratif..., op. cit.*, p. 537.

(9) H. Puget, *Traditions et progrès...*, art. cit., p. 117.

(10) *Ibid.*

(11) C.E., 7 février 1936, Jamart, G.A., p. 229.

(12) Concl. sur C.E. 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., R.D.P., 1966, p. 331. Rappelons que les directeurs d'établissements publics

Ensuite, les ministres sont seuls à détenir un réel pouvoir réglementaire : ils peuvent ainsi fixer les conditions de formes et de délais auxquels les administrés doivent se plier pour bénéficier des prestations individuelles qui leur sont dues (13). Par ailleurs, ils peuvent réglementer le contrôle de l'exécution des décisions individuelles qu'ils ont octroyées (14).

Certes, dans l'arrêt Distilleries Brabant (15), le Conseil d'Etat s'est refusé à franchir le pas qui aurait consisté à consacrer, de façon générale, un pouvoir réglementaire autonome au profit des Ministres. Mais il n'en reste pas moins que la jurisprudence, par des tâtonnements divers, leur a déjà reconnu un embryon de pouvoir réglementaire. Par contre, aucune prérogative de ce genre n'a été reconnue au profit des autorités para-administratives.

§ III. — *Le Conseil d'Etat ne protège pas les autorités para-administratives.*

La loi accorde des pouvoirs aux ministres ; le Conseil d'Etat leur reconnaît certaines prérogatives réglementaires pour le bon exercice de leurs pouvoirs (16). La loi accorde à d'autres autorités administatives le pouvoir d'octroyer des aides financières ; le Conseil d'Etat leur reconnaît la possibilité de fixer dans des directives les conditions d'attribution de ces aides (17). La loi permet à certains ordres professionnels de participer à l'exercice du pouvoir réglementaire (18) ; le Conseil d'Etat interprète très strictement leurs compétences.

Cette opposition mérite d'être développée à partir du récent arrêt Union Nationale des grandes Pharmacies de France (19). L'article L 358 du Code de la Santé Publique prévoit : « Le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens est le défenseur de la légalité et de la moralité professionnelle. Il est chargé de rédiger un Code de déontologie pharmaceutique. » Le Conseil d'Etat a interprété res-

---

n'ont le pouvoir d'organiser leurs services que si un texte légalement pris le leur a conféré (C.E. 10 novembre 1961, Missa et association des résistants de la R.T.F., A.J.D.A., 1962, p. 40, concl. Ordonneau).

(13) V. *supra*, p. 185.

(14) V. *supra*, p. 186.

(15) Arrêt précité.

(16) V. *supra*, p. 185 et suiv.

(17) V. *supra*, p. 189 et suiv.

(18) V. A. de Laubadère, *Traité...*, *op. cit.*, I, p. 607.

(19) C.E. 31 janvier 1969, D. 1969, p. 369, note Guibal, Dr. Soc., 1970, p. 137, note Bazex.

trictivement ce texte et a considéré que les dispositions législatives sus-mentionnées « n'ont pas attribué au Conseil National le pouvoir de fixer seul les conditions de portée générale auxquelles doivent satisfaire, pour l'exercice de la profession, les locaux destinés à l'exploitation des officines de pharmacie. » Ainsi, le Conseil n'a que l'initiative de cette réglementation dont l'édiction revient au gouvernement ; à lui seul, il ne saurait exercer ce pouvoir réglementaire.

En conséquence, et malgré leurs constantes revendications (20), les ordres professionnels ne disposent d'aucun pouvoir réglementaire autonome : le Conseil d'Etat a censuré l'attitude du Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens qui, en tête d'une décision, avait expressément visé son propre pouvoir réglementaire (21).

Le Conseil d'Etat applique donc un régime sensiblement différent aux administrations traditionnelles et aux autorités para-administratives : il protège exclusivement les premières et se refuse à accorder des prérogatives non prévues par les textes aux secondes. Cette solution n'est nullement étonnante. Pour M. Bazex (22), elle s'explique par le fait que « les administrations professionnelles ne sont qu'un rouage secondaire de la machine administrative française qui fonctionne essentiellement grâce aux organes traditionnels ». A cette explication pragmatique, on peut ajouter des arguments théoriques qui paraissent plus fondamentaux, dans notre perspective. D'abord, les ordres professionnels sont des autorités *suis generis*, coupées de l'Administration active. Ils ne sont pas gérés par des fonctionnaires mais essentiellement par des représentants élus de la profession ; afin d'éviter les dangers d'une renaissance du corporatisme, le Conseil d'Etat évite d'étendre les pouvoirs qui leur sont reconnus par la loi. Par ailleurs, leur fonction n'est pas proprement administrative : l'ordre assure la surveillance de la profession qu'il a également pour mission de représenter auprès des pouvois publics. Dès lors, le Conseil d'Etat considère, à juste titre, qu'il n'a pas à renforcer les pouvoirs d'organes dont l'activité n'est pas immédiatement d'intérêt général. Enfin, la plupart des ordres professionnels sont de création récente et ne possèdent

(20) Pour un exemple de ces revendications, cf. Raoul Mestre, *Le pouvoir de réglementation de l'Ordre des Pharmaciens*, Le Pharmacien de France, 1952, p. 130.

(21) C.E. 31 janvier 1969, Union Nationale des Grandes Pharmacies de France, précité.

(22) Art. cit., p. 142.

donc guère de traditions administratives... ce dont le Conseil d'Etat se méfie toujours (23).

Le Conseil d'Etat est loin d'être insensible à la nature de l'autorité administrative attaquée derrière l'acte contesté. On peut également rappeler, à ce propos, que la prérogative de non-motivation des décisions administratives n'est pas reconnue à certains « organismes marginaux » qui s'apparentent à des autorités professionnelles et offrent, de ce fait, de moindres garanties de technicité administrative que les Administrations traditionnelles (24).

Bien sûr, on ne saurait établir une hiérarchie des autorités en fonction de la plus ou moins grande protection que leur accorde la Haute Juridiction sans styliser abusivement le contentieux. Nous avons cependant voulu dégager quelques grands traits de cette politique jurisprudentielle.

SECTION II. — LA NATURE DU POUVOIR.

La protection des prérogatives de l'Administration sera éminemment variable en fonction de la nature du pouvoir exercé par l'autorité administrative. Le juge administratif exerce un contrôle approfondi lorsque l'Administration a compétence liée ; il en va très différemment lorsqu'elle use d'un pouvoir discrétionnaire. Or, tout acte contient une certaine dose de pouvoir discrétionnaire ; donc aucun acte ne sera intégralement contrôlé par le juge. Le Conseil d'Etat modulera son contrôle en fonction de la dose de pouvoir discrétionnaire inscrite dans l'acte.

Avant d'apprécier ce contrôle juridictionnel, une approche terminologique du pouvoir discrétionnaire s'impose. Michoud écrivait : « Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à

---

(23) La jurisprudence Bouguen (C.E. 2 avril 1943, G.A., p. 266) témoigne de cette méfiance : le Conseil n'a qualifié d'administratives les décisions unilatérales émises par les Ordres que pour assurer son contrôle sur les activités de ces organismes alors nouveaux. C'est certainement le même objectif qui a conduit le Conseil d'Etat à voir des décisions administratives dans les actes d'organismes purement privés démembrés de l'Administration (C.E. 13 janvier 1961, Magnier, Rec. p. 33 ; C.E. 4 avril 1962, Chevassier, Rec. p. 244). La même idée paraît inspirer la jurisprudence du Tribunal des Conflits (T.C. 15 janvier 1968, C[te] Air France c/époux Barbier, G.A., p. 524).

(24) C.E., 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-Frêt, C[te] Générale Transatlantique et autres, D. 1971, J., 334, note Pacteau. V. *supra*, p. 152 et suiv.

l'avance par une règle de droit. » (25). Mais quelle peut être cette règle de droit ? Pour certains auteurs comme Bonnard, il ne peut s'agir que de la loi ou du règlement. L'éminent juriste estime, en substance, qu'il y a pouvoir discrétionnaire lorsque la loi ou le règlement laisse l'Administration libre de décider ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire ; dans l'hypothèse inverse la compétence est dite liée (26). Cette thèse, qui considère la compétence liée comme un élément objectif, extérieur au juge et totalement indépendant de sa volonté, ne repose que sur une fiction négatrice du pouvoir normatif de la jurisprudence. M. de Laubadère en a très clairement montré l'insuffisance : le juge administratif, lui aussi, crée des hypothèses de compétence liée qui réduisent d'autant le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives (27). Le Conseil d'Etat dose donc le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif en imposant, de lui-même, le respect de catégories juridiques non prévues par les textes.

Ce dosage du pouvoir discrétionnaire sera variable en fonction de l'ampleur du contrôle juridictionnel. Plus le juge étend son contrôle, plus le pouvoir discrétionnaire sera réduit.

§ I. — *Le contrôle minimum.*

Le Conseil d'Etat exerce toujours un contrôle minimum sur tout acte administratif dont il accepte de vérifier la légalité. Le juge suprême s'exprime généralement en ces termes : « Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'Administration ait fondé son appréciation sur des *faits matériellement inexacts*, ni qu'elle ait commis une *erreur de droit* ou une *erreur manifeste d'appréciation* ; que l'opportunité de sa décision n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir et que le *détournement de pouvoir* allégué n'est pas établi. » (28). Et la doctrine de se réjouir : de même qu'il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire en matière de but, de même il n'y en a pas sur un minimum d'adéquation des motifs de l'acte à son objet.

L'introduction de ce nouveau moyen correspond généralement à un développement du contrôle juridictionnel dont on ne peut que se réjouir (29).

---

(25) Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, Revue Générale d'Administration, 1914, Tome III, p. 3.

(26) Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, L.G.D.J., 1943, p. 75.

(27) *Traité... op. cit.*, I, p. 237.

(28) C.E. 12 juin 1968, Sieur Guintini, Rec. p. 453.

(29) Ainsi dans le contentieux économique ; V. *supra*, p. 91.

Mais il n'en est pas toujours ainsi. Dans certains domaines où, jadis, le Conseil d'Etat allait jusqu'à vérifier la qualification juridique voire l'appréciation des faits avancés par l'Administration, il se borne désormais à exercer un contrôle restreint (30).

Prenons l'exemple qui nous est fourni par l'arrêt Société du lotissement de la plage de Pampelonne (31). L'article 1er du décret du 31 décembre 1958 prévoit qu'un permis de construire peut être refusé si les dimensions ou l'aspect extérieur du bâtiment « sont de nature à porter atteinte... au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales ». Le Conseil d'Etat a annulé un arrêté délivrant un permis de construire en violation de ce texte au motif « qu'en accordant à la Sté anonyme du lotissement de la plage de Pampelonne le permis de construire qu'elle avait sollicité, le Préfet du Var a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des lieux avoisinants ». Au contentieux, le Conseil d'Etat ne reprend donc pas tout le raisonnement suivi par l'Administration ; il ne recherche pas lui-même le caractère des lieux avoisinants mais se borne à vérifier que l'autorité compétente n'a pas commis d'erreur manifeste dans leur appréciation. Or, dans un domaine semblable, 50 ans plus tôt, le juge administratif suprême avait approfondi son contrôle sur les faits dans le célèbre arrêt Gomel (32) : il s'était alors reconnu le pouvoir d'apprécier après l'Administration si la place Beauvau constituait ou non une perspective monumentale. L'erreur d'appréciation simple a suffi, en cette espèce, pour entraîner l'annulation de l'acte administratif attaqué — ce qui n'est plus le cas désormais.

Dans le même sens, on peut relever une diminution du contrôle du juge sur les décisions des Conseils de Révision. En une première étape, le Conseil d'Etat a contrôlé l'appréciation des faits portée par les Conseils de Révision, dont il annulait une mesure de réforme en « considérant qu'il résulte de l'instruction que l'affection de la vue dont était atteint le sieur Hermann ne le rendait pas inapte au service militaire » (33). Le juge appréciait alors, après le Conseil de Révision, l'aptitude physique des candidats. Depuis lors, il se borne à un contrôle plus limité car il considère « que les

---

(30) Contra, v. Bruno Kornprobst, *L'erreur manifeste*, art. cit., ; Jean-Yves Vincent, *L'erreur manifeste d'appréciation*, *Rev. adm.* 1971, p. 414.

(31) C.E., Ass., 29 mars 1968, Rec. p. 211, concl. Vught.

(32) C.E., 4 avril 1914, G.A., p. 121.

(33) C.E. 25 octobre 1967, Hermann, Rec. p. 394.

appréciations auxquelles se livrent les Conseils de Révisions pour décider de l'aptitude des jeunes gens au service militaire sont susceptibles d'être discutées par des moyens tirés de ce qu'elles seraient manifestement erronées, de ce qu'elles seraient fondées sur des faits matériellement inexacts ou de ce qu'elles seraient entachées d'erreur de droit ou de détournement de pouvoir » (34). En cette espèce, le Conseil d'Etat a prononcé l'annulation de la décision attaquée pour erreur manifeste de son auteur.

Nous avons également antérieurement relevé une diminution du contrôle du Conseil d'Etat sur les opérations de classement des sols effectuées par les Commissions de remembrement rural (35).

Le développement de l'erreur manifeste est donc, dans son principe, assez considérable. On peut penser que c'est l'apparition de ce nouveau cas d'ouverture qui a entraîné, dans les domaines que nous venons de mentionner, le passage d'un contrôle normal à un contrôle minimum — le Conseil trouvant désormais suffisant, dans de nombreux cas, de censurer les appréciations manifestement erronées. Mais, en pratique, un tel contrôle ne supplée pas celui de la qualification juridique des faits. Car il est plus superficiel. Et, du reste, les annulations pour erreur manifeste sont relativement rares. Elles se comptent, chaque année, sur les doigts de la main ainsi que le soulignait récemment un Commissaire du Gouvernement (36) : il y en eut 6 en 1967-1968, 4 en 1968-1969 et 3 en 1969-1970. La qualification « manifeste » de cette erreur réduit son utilisation. Certes, il y est actuellement fait très souvent référence dans les arrêts du Conseil d'Etat, mais celui-ci hésitera beaucoup à sanctionner l'Administration sur ce fondement. Imputant à une autorité administrative une erreur manifeste, il porte sur sa conduite un jugement de valeur qui équivaut un peu à un blâme. En ce sens, l'erreur manifeste n'est pas sans rappeler le détournement de pouvoir qui permet au juge de censurer la moralité administrative. La valeur opérationnelle de l'erreur manifeste semble donc limitée et il peut apparaître chimérique de croire qu'elle inspire quelque « crainte révérentielle » à l'Administration (37).

---

(34) C.E. 6 décembre 1968, Min. des Armées c/sieur Bachex, Rec. p. 628 ; également C.E. 25 mai 1970, Min. d'Etat chargé de la Défense Nationale c/ Maréchal, R.D.P. 1971, p. 545.

(35) *Supra*, p. 101 à 103.

(36) Concl. Baudouin sur C.E., 6 novembre 1970, Sieur Guyé, R.D.P. 1971, p. 517.

(37) *Ibid.*, p. 525.

Ainsi la garantie juridictionnelle ne couvre pas tout le champ de l'action administrative. Il est difficile de cerner la mesure de cette « alégalité » qui dépend du degré du pouvoir discrétionnaire que le juge (38) inscrit dans l'acte administratif. De l'acte discrétionnaire au pouvoir discrétionnaire dans l'acte, y a-t-il un progrès ? On peut en douter. « Le progrès est plus symbolique qu'effectif. », remarque M. Eisenmann (39). En effet, si le Conseil d'Etat accepte désormais les recours contre les actes anciennement réputés discrétionnaires, par contre, au fond, il rejettera souvent les prétentions des administrés en invoquant le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Il y a transposition de l'autolimitation du Conseil d'Etat du plan de la compétence juridictionnelle à celui de ses pouvoirs. Le Conseil d'Etat ne fait que déplacer la marge d'indépendance de l'Administration active pour l'inscrire au sein même de l'acte administratif.

§ II. — *Le contrôle normal.*

De droit commun, le Conseil d'Etat pousse traditionnellement ses investigations jusqu'au contrôle de la qualification juridique des faits : il recherchera alors si les motifs justifient légalement la mesure prise, s'ils rentrent dans la ou les catégories juridiques prévues par les textes législatifs ou réglementaires.

Cependant, en pratique, ce contrôle peut revêtir deux significations très différentes qui correspondent à deux attitudes du Conseil d'Etat.

Parfois, le juge suprême vérifie l'application par l'Administration de *catégories juridiques objectives*. Ainsi il recherchera si telle infraction, exclue du bénéfice d'une loi d'amnistie, est bien constitutive d'un manquement à l'honneur (40), si telle situation familiale revêt le caractère de « cas social grave » justifiant une dispense des obligations du service national (41). Ces catégories juridiques, dont le Conseil d'Etat impose le respect à l'Administration, peuvent être qualifiées d'objectives car leur contenu est aisément discernable ; l'Administration connaît l'ampleur de sa compétence liée à partir d'un certain nombre de données objectives qui peuvent être

---

(38) La volonté du juge est, en effet, déterminante. Par-delà la référence verbale à la volonté du législateur.

(39) Cité *in* J. Chevallier, *L'élaboration historique...*, *op. cit.*, p. 381.

(40) C.E. 18 décembre 1957, Monod, Rec. p. 687 ; C.E. 7 octobre 1964, Béraud, Rec. p. 450 ; C.E. 16 mai 1969, Hait Hin, Rec. p. 254.

(41) C.E. 31 janvier 1969, Gardarein, Rec. p. 55.

tirées des précédents jurisprudentiels ; ces derniers permettent notamment d'établir des listes de faits constitutifs d'un manquement à l'honneur (42). Dans de semblables hypothèses, l'Administration sait pertinemment — à l'aide de ces références objectives — si elle a légalement ou illégalement agi et le Conseil d'Etat ne fait que sanctionner les erreurs objectives de qualification.

Il en va tout différemment lorsque le Conseil d'Etat assure le respect par l'Administration de *catégories juridiques subjectives*. La place Beauvau est-elle une perspective monumentale ? L'appartement mis à la disposition d'une institutrice par une commune constitue-t-il le logement « convenable » prévu par les textes ? (43). L'Administration ne dispose d'aucune norme de référence préétablie avant de prendre sa décision dans la mesure aù de telles catégories juridiques sont purement subjectives ; leur contenu est déterminé par le Conseil d'Etat qui, cas par cas, se fonde sur des éléments intuitifs et subjectifs. Le Conseil impose alors à l'Administration la propre idée qu'il se fait de la qualification juridique des faits litigieux ; il substitue sa propre qualification à celle des autorités compétentes. En pareil cas, il n'est pas loin d'agir comme supérieur hiérarchique. L'Administration n'est guère protégée puisqu'elle ne peut pas savoir par avance si son action sera légale ou non.

§ III. — *Le contrôle maximum.*

Dans certaines hypothèses, le Conseil d'Etat exerce un contrôle encore plus poussé — notamment lorsque les interventions de l'Administration risquent de porter atteinte aux libertés publiques. Il vérifie alors l'adéquation de la mesure prise aux circonstances qui l'ont engendrée. Ce contrôle est lui-même susceptible de deux modalités d'intensité croissante.

D'abord, le législateur peut avoir prévu les conditions auxquelles il entend soumettre l'action des autorités compétentes. Ainsi l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 conférait au préfet le droit de refuser le permis de construire au cas où le projet présenté porterait atteinte à une perspective monumentale. Le Conseil d'Etat s'est reconnu le pouvoir de vérifier si un immeuble était de nature à porter atteinte à une telle perspective (44).

---

(42) V. concl. Braibant sur C.E., 17 décembre 1971, Sieur Virapin-Apou, Rec. p. 779 et suiv. (cf. notamment p. 781).

(43) C.E., 3 mai 1968, Commune de Fraize, Rec. p. 270.

(44) C.E. 4 avril 1914, Gomel, G.A. p. 121.

Mais il arrive fréquemment que le législateur n'ait pas déterminé les motifs de l'intervention administrative et se soit borné à fixer les buts en vue desquels l'autorité compétente pourra agir. Le Conseil d'Etat pourra alors, de lui-même, fixer les conditions de fond auxquelles il entend soumettre l'action des autorités administratives. L'exemple le plus célèbre est tiré de la police municipale. Aux termes de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, le maire ne peut exercer ses pouvoirs de police que dans le but d'assurer l'ordre, la sécurité, la salubrité publiques. Le Conseil d'Etat en déduit que les mesures de police doivent être proportionnées à ces objectifs et il annulera les mesures de police par lui jugées excessives (45). Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a très nettement précisé : « Dans l'hypothèse où l'autorité administrative est investie d'un pouvoir de police qui ne peut s'exercer d'après la loi que dans des buts déterminés et dans la mesure nécessaire pour atteindre ces buts, il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier... si les motifs allégués par l'auteur de l'acte déféré sont de nature à justifier légalement ledit acte. » (46). Dans le même sens, on peut signaler le cas des réquisitions. Celles-ci peuvent être prononcées, selon l'article 22 de la loi du 11 juillet 1938, « pour les besoins du pays » — et le Conseil d'Etat de rechercher si les mesures relatives à l'organisation matérielle d'un service public étaient de nature à justifier légalement un ordre de réquisition (47).

Il est inutile de multiplier les exemples jurisprudentiels mais il convient d'en préciser la portée. A notre sens, le Conseil d'Etat exerce, en de semblables hypothèses, un véritable contrôle de l'opportunité de l'action administrative. L'opportunité a pu être définie comme « le choix entre l'action et l'abstention, le choix du moment pour agir, le choix du moyen » (48). Or, dans les espèces que nous avons relevées, un tel choix est effectué par le Conseil d'Etat à la suite de l'Administration ; le juge se substitue donc à l'administrateur actif pour apprécier l'opportunité de son intervention. Il y a alors déconnection entre pouvoir discrétionnaire et opportunité : dans ces cas, l'Administration a compétence liée pour apprécier l'opportunité de son intervention (49).

Lorsqu'il exerce ce contrôle maximum, le Conseil d'Etat tient à

---

(45) C.E. 19 mai 1953, Benjamin, G.A. p. 209.
(46) C.E. 20 novembre 1968, Min. des Armées c/ Auger, R.D.P. 1969, p. 766.
(47) C.E. 9 novembre 1945, Morand, D. 1946, p. 270, note Nguyen Quoc Dinh.
(48) Nguyen Quoc Dinh, note précitée, p. 272.
(49) Contra, V. note précitée, p. 273.

protéger non pas l'Administration mais les particuliers : c'est dans les domaines touchant aux libertés les plus fondamentales (50) que le juge administratif exerce un contrôle maximum sur les décisions administratives et contrôle l'opportunité de l'action administrative. La protection des droits des particuliers passe alors avant celle des prérogatives de l'Administration.

---

(50) Liberté de réunion, droit de propriété, etc...

CHAPITRE II

UNE PROTECTION VOLONTAIRE

S'il paraît acquis, à ce stade de l'étude, que le Conseil d'Etat protège l'Administration, encore convient-il d'insister sur un aspect essentiel de cette protection : son caractère volontaire. Nous avions indiqué dans notre introduction (1) que nous limiterions nos investigations aux prérogatives volontairement reconnues à l'Administration par le Conseil d'Etat. Il nous revient maintenant de faire le point sur cette question.

L'action des autorités administratives est soumise aux lois et règlements qui en précisent les modalités. Mais le Conseil d'Etat a voulu faciliter l'exercice de ses pouvoirs par l'Administration afin de lui permettre d'assurer aisément ses tâches dans l'intérêt général. Pour ce faire, il a été amené à lui reconnaître des prérogatives non prévues par les textes.

Comment définir ces prérogatives ? « Avantages dus à une fonction », selon une première approche (2). Mais qui reconnaîtra que ces avantages sont dus à la fonction administrative ? Serait-ce le législateur ? Ces prérogatives seraient-elles les seuls avantages juridiquement garantis par la loi ? Il n'en est rien car nous avons constaté, tout au long des développements précédents, que l'Administration se voyait reconnaître des avantages qui n'étaient justement pas prévus par la loi. Serait-ce l'Administration elle-même qui s'adjugerait des prérogatives ? On ne saurait en convenir dans un régime de droit. L'Administration, par le bénéfice du préalable, peut, certes, s'octroyer certains avantages mais le juge pourra les lui retirer si elle ne les utilise pas dans le sens de l'intérêt général. Dès lors, en France, c'est le Conseil d'Etat qui, avec les autres juridictions administratives, apparaît comme le dispensateur des préro-

(1) V. *supra*, p. 16.
(2) Cf. dictionnaire « Robert ».

gatives de l'Administration. *Ces prérogatives administratives peuvent être définies comme des avantages revendiqués par l'Administration en vue de la réalisation de sa mission d'intérêt général et reconnus par le Conseil d'Etat.* Les prérogatives existent donc en dehors des textes ; par contre elles n'existent pas sans la ratification jurisprudentielle du Conseil d'Etat qui leur donne valeur juridique. C'est le Conseil d'Etat qui, volontairement, reconnaît aux autorités les prérogatives qui lui paraissent nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.

Dans cette optique, les prérogatives de l'Administration ne sont pas sans rappeler les privilèges d'Ancien Régime puisqu'elles consistent dans l'attribution à une autorité ou à une institution, en marge de la loi commune, d'avantages spécifiques. Le privilège n'était-il pas la *lex privata,* dérogeant au droit commun, et dont la création, d'origine religieuse, répondait à « la nécessité (pour l'Eglise) d'avoir à sa disposition les moyens adaptés aux diverses fins dont elle doit assurer la réalisation » (3). Il n'en va pas différemment des prérogatives qui permettent aux autorités administratives compétentes d'agir conformément à la mission qui leur est impartie.

On peut distinguer deux catégories de prérogatives administratives qui correspondent aux deux attitudes du Conseil d'Etat que nous avons présentées précédemment. L'Administration bénéficie de certaines prérogatives du fait de la réserve du Conseil d'Etat en face des pouvoirs qui lui sont accordés par la loi : ce sont des prérogatives d'indépendance. Par ailleurs, l'Administration se voit attribuer par le Conseil d'Etat des pouvoirs qui ne sont pas prévus par la loi : ce sont des prérogatives d'action.

§ I. — *Les prérogatives d'indépendance de l'Administration.*

Ces prérogatives sont attachées à l'institution administrative : celle-ci, en tant que telle, se voit attribuer par le Conseil d'Etat certains avantages qui découlent justement de l'autolimitation de la Haute Juridiction sur ses activités. Ces prérogatives ne sont pas uniformes puisque l'autolimitation du juge administratif est elle-même variable (4).

Quel est le contenu de ces prérogatives ? Il se résume dans la possibilité de ne pas être contraint. Le pouvoir politique veille très

---

(3) Le Bras, Lefebvre et Rambaud, *L'âge classique,* T. VII, Sirey, 1965, p. 489-490.

(4) V. *Supra,* 1re partie, titres I et II.

jalousement sur ses prérogatives d'indépendance en s'assurant que le Conseil d'Etat ne veuille pas le soumettre au droit (5). Les réactions du gouvernement après l'arrêt Canal sont révélatrices de cette attitude : si le Conseil d'Etat tente de se subordonner le pouvoir politique, ce dernier réagit vigoureusement et le conflit se termine au bénéfice du plus fort (6).

L'attitude des autorités administratives ne paraît pas être exactement identique ; confinées dans des tâches d'exécution, ces autorités n'ont pas la même « susceptibilité » que les organes gouvernementaux. Il n'est pas sûr qu'en se refusant de leur donner des ordres le Conseil d'Etat aille réellement au-devant de leurs désirs. Bien souvent l'Administration est plongée dans le plus grand embarras pour tirer les conséquences matérielles ou juridiques qu'implique l'exécution d'un arrêt. La jurisprudence Rodière (7) qui précise les modalités de la reconstitution de carrière n'a pas été mal accueillie par les autorités compétentes qui sont ainsi éclairées grâce aux directives du juge. Il reviendrait au Conseil d'Etat d'amplifier et d'étendre la portée de cette règle jurisprudentielle.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat tient, lui aussi, à sa propre indépendance à l'égard de l'Administration active afin de garder son « image de marque » de protecteur des individus et de conserver une certaine autorité sur les Administrations qui relèvent de son contrôle. Les arrêts Barel (8) et Grange (9) notamment témoignent de la suprématie des prérogatives du Conseil d'Etat sur celles de l'autorité administrative ou gouvernementale. Du reste, dans la plupart des cas, prérogatives du Conseil d'Etat et de l'Administration se complètent plus qu'elles ne s'opposent. A ce sujet, M. Benoit Jeanneau soulignait très justement dans une perspective historique : « censeur de l'Administration, le Conseil d'Etat garde, malgré tout,

---

(5) En ce sens, les actes de gouvernement jouent le rôle de soupape de sûreté permettant de soumettre, par ailleurs, les actes de l'Administration à un contrôle juridictionnel. Cf. *supra*, p. 120 et suiv.

(6) En ce sens, M. Lavau a insisté sur les raisons sociologiques qui opposent le pouvoir politique aux organes juridictionnels : « Toute force sociale qui, en fait, tend à s'arroger un rôle politique dans un Etat tend à écarter la compétence du juge parce que celui-ci est un obstacle à son emprise et risque de s'opposer aux desseins politiques de cette force » (*Juge et pouvoir politique, in* La Justice, P.U.F. 1961, p. 65). On conçoit, dès lors, aisément que les plus hautes autorités de l'Etat soient particulièrement jalouses de leurs prérogatives d'indépendance.

(7) C.E. 26 décembre 1925, G.A. p. 182.

(8) C.E. 28 mai 1954, G.A. p. 412.

(9) C.E. 30 juin 1959 , Rec. p. 85, Concl. Chardeau.

le souvenir de ses anciennes prérogatives et de l'époque où, placé à côté du souverain, il participait à son pouvoir de commandement » (10).

§ II. — *Les prérogatives d'action de l'Administration.*

Ce sont des prérogatives qui sont attachées à la nature de l'activité administrative. L'administration a une mission impérative d'intérêt général à réaliser ; pour la remplir, un certain nombre de pouvoirs lui ont été confiés par les textes législatifs ou réglementaires. Mais, pour le convenable exercice de ses pouvoirs, l'Administration est amenée à s'attribuer certaines facilités d'action qui l'aident à mener à bien sa difficile tâche. Ces prérogatives découlent donc directement de l'exercice d'un pouvoir. En pratique, toutes les autorités s'attribuent des prérogatives en vue de bien remplir leurs fonctions ; ce sera le Conseil d'Etat qui, au contentieux, validera ou infirmera cette attribution de fait.

Ces prérogatives d'action sont en marge de la loi ; elles n'ont pas été prévues par le législateur (11) et sont parfois en contradiction formelle avec la loi (12). Aussi certains auteurs ont-ils pu les qualifier de pouvoirs ou de compétences « implicites » (13). Elles n'existent donc que par la volonté du Conseil d'Etat : ainsi en est-il des prérogatives réglementaires des ministres qui ne sont inscrites dans aucun texte constitutionnel ou législatif (14).

M. Boulouis a très clairement présenté le rôle du Conseil d'Etat en ces termes : « Le juge administratif est appelé, à l'occasion des litiges qui lui sont soumis à prendre en considération, par-delà la stricte application du droit, les conséquences de celle-ci sur l'action admi-

---

(10) *Les principes généraux..., op. cit.*, p. 2.

(11) Ainsi la non-motivation des décisions administratives, *supra* p. 148 ou l'extension des pouvoirs de police, *supra* p. 211 et suiv.

(12) Telles les circonstances exceptionnelles, *supra* p. 226 et suiv.

(13) F. Batailler, *Le Conseil d'Etat..., op. cit.*, p. 642. L'auteur note, très justement, traitant du pouvoir réglementaire autonome du Chef de l'Etat ou du Premier Ministre : « En tant que chef suprême de l'Administration, le Président de la République doit pouvoir disposer d'un certain nombre de *prérogatives* allant même jusqu'au droit de violer la loi si les circonstances l'imposent. »

(14) Cf. *supra*, p. 183 et suiv. M^me^ Batailler (*op. cit.*, p. 643) considère toutefois que les compétences implicites des autorités administratives trouvent leur source formelle dans les textes constitutionnels. En réalité, s'il en est parfois ainsi, ce n'est pas toujours le cas, tant s'en faut (V. *supra*, p. 184). Du reste l'auteur souligne que le fondement constitutionnel de la théorie des pouvoirs implicites s'est progressivement « dilué » sous l'effet de l'action du Conseil d'Etat (*op. cit.*, p. 646).

nistrative. Cette préoccupation n'est pas ostensible. Elle n'apparaît pas clairement dans les motivations des arrêts,mais il n'est guère concevable qu'elle soit sans influence au moment du délibéré. S'il arrive souvent au juge administratif de se comporter comme un censeur, *il lui arrive aussi de reconnaître à l'autorité administrative des latitudes ou des facultés qui dépassent ce qu'autoriseraient une interprétation compréhensive ou une application souple du droit existant. Le juge administratif ne se borne certainement pas à appliquer le droit existant ; on pourrait presque dire qu'il le gère.* » (15).

Cette politique jurisprudentielle est clairement reliée à la volonté du Conseil d'Etat de donner à l'Administration tous les moyens qui lui permettront aisément de poursuivre sa mission. Ainsi — et pour prendre un exemple — afin de maintenir la continuité des services publics, le Conseil d'Etat tient à assurer un fonctionnement minimum de ces derniers ; aussi reconnaît-il aux Ministres, dans le cadre des prérogatives gouvernementales, compétence pour réglementer l'exercice du droit de grève (16).

Mais qui, en définitive, sera protégé par la reconnaissance de ces prérogatives ? Des distinctions s'imposent. D'abord le Conseil d'Etat peut vouloir *protéger directement les autorités administratives* en leur donnant tous les moyens que nécessite leur action. Ainsi en est-il dans le cadre des théories de l'urgence (17) ou des circonstances exceptionnelles (18) ou bien encore lorsque le Conseil d'Etat étend les compétences de police de ces autorités (19). Ailleurs, la Haute Juridiction peut vouloir essentiellement *protéger le particulier,* ainsi lorsqu'il laisse à l'Administration la possibilité de retirer, dans certaines conditions, un acte illégal (20). Enfin lorsque le Conseil d'Etat tend à reconnaître des prérogatives réglementaires aux autorités ministérielles en matière économique, c'est en réalité pour mieux contrôler l'activité économique de la puissance publique : la Haute Juridiction veut alors *conserver une certaine efficacité à son contrôle* de l'excès de pouvoir (21).

Par delà la diversité des objectifs apparemment poursuivis par le Conseil d'Etat, on peut cependant retrouver une certaine unité dans

---

(15) J. Boulouis, *Cours..., op .cit.*, p. 77.
(16) En ce sens, C.E. 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., *J.C.P.* 1966, II, 14802, note Debbasch.
(17) V. *supra,* p. 224.
(18) V. *supra,* p. 226.
(19) V. *supra,* p. 211.
(20) V. *supra,* p. 165 et suiv. et surtout p. 165-166 et 169-170.
(21) V. *supra,* p. 185 et suiv.

sa politique jurisprudentielle. En effet, en assurant, dans la dernière hypothèse envisagée, une meilleure efficacité à son contrôle juridictionnel, le Conseil permettra une meilleure protection des particuliers. Dès lors, on retrouve les deux pôles qui conditionnent la jurisprudence du Conseil : protection de l'Administration - protection des particuliers. Au juge suprême de rechercher un certain équilibre entre les deux.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le Conseil d'Etat apparaît, *a priori,* comme le défenseur des particuliers mais une autre perspective nous l'a montré comme protecteur des prérogatives de l'Administration. N'y a-t-il pas là une contradiction ? La protection des prérogatives de l'Administration n'exclut-elle pas celle des droits et libertés des particuliers ? On ne saurait légitimement l'affirmer. Une bonne administration exige à la fois la protection de l'Administration et celle de l'administré. Le Conseil d'Etat doit donner à celui-ci le sentiment d'avoir un véritable juge impartial ; et à l'Administration l'impression de ne pas la gêner ou la paralyser inutilement (1). Aussi est-il constamment attentif « à la nécessité de renforcer tantôt les pouvoirs de l'Administration, tantôt les garanties des administrés » (2). Ce qui nécessite une juste proportion entre la liberté d'action des autorités publiques et la limitation de leurs pouvoirs.

Mais, en réalité, plus qu'ils ne s'opposent, l'action administrative et le contrôle juridictionnel se complètent. D'un côté, l'Administration doit posséder l'ensemble des prérogatives qui assurent l'efficacité de son action et ce, dans l'intérêt même des particuliers. Une Administration cantonnée dans un rôle de stricte application de la loi serait bridée ; son action serait énervée — ce qui l'empêcherait de poursuivre facilement sa mission d'intérêt général. A l'inverse, le contrôle juridictionnel, tout en assurant la protection des particuliers, doit permettre le perfectionnement de la machine administrative. En effet « la complexité de l'appareil administratif moderne ne peut s'accommoder des initiatives incoordonnées d'administrateurs dynamiques » (3). La bonne administration exclut l'arbitraire.

Aussi n'est-il nullement singulier de découvrir la volonté du juge suprême de protéger les prérogatives de l'Administration derrière l'apparente protection des particuliers. Mais il est regrettable que ce dernier objectif ait souvent été démesurément grossi par la doctrine au détriment de l'autre. De nombreuses imperfections du contentieux administratif ont de ce fait été passées sous silence.

---

(1) H. Puget, *Tradition et progrès...,* art. cit., p. 124.
(2) Letourneur, concl. sur C.E., 28 mai 1954, Barel, Rec. p. 308.
(3) J. Rivero, *Droit Administratif, op. cit.,* p. 457.

Il s'avère que le Conseil d'Etat ne pousse souvent pas assez loin son contrôle juridictionnel ou laisse trop de facilités d'action aux autorités compétentes. L'autolimitation de la Haute Assemblée semble parfois résulter d'une excessive réserve non justifiée par les impératifs de la vie administrative. Il en est ainsi notamment lorsque le juge se refuse à connaître de certaines décisions exécutoires ou encore lorsqu'il ne veut pas adresser d'ordres à l'Administration active. Dans d'autres domaines, on peut penser que le Conseil d'Etat reconnaît trop de pouvoirs aux autorités administratives : rappelons seulement l'extension des compétences de police des maires ou l'accroissement des moyens d'action de l'Administration durant les périodes de circonstances exceptionnelles.

Le particulier et l'Administration tireraient fréquemment avantage d'un contrôle juridictionnel plus poussé. Le contentieux économique est des plus révélateurs sous cet angle — et le Conseil d'Etat l'a bien compris. Afin d'éviter, tout à la fois, l'arbitraire et la disparité des décisions administratives, le juge suprême tente désormais d'approfondir son contrôle sur un domaine qui lui a longtemps échappé. Cette jurisprudence témoigne de la volonté du Conseil d'Etat de rechercher un plus juste équilibre entre la protection des droits et libertés des particuliers et celle des prérogatives de l'Administration.

BIBLIOGRAPHIE

L'index bibliographique ne comprend que les documents utilisés pour la rédaction de la thèse.

Il est divisé en cinq rubriques :

I. — Ouvrages généraux.

II. — Monographies.

III. — Articles.

IV. — Conclusions de Commissaires du Gouvernement.

V. — Notes de jurisprudence.

A l'intérieur de chacune de ces rubriques, le classement est alphabétique et, pour les ouvrages d'un même auteur, chronologique.

I. — OUVRAGES GENERAUX.

AUBY et DRAGO : *Traité de Contentieux administratif,* L.G.D.J., 1962, 3 volumes.

BENOIT F.-P. : *Le droit administratif français,* Dalloz, 1968.

BERTHELEMY : *Traité élémentaire de droit administratif,* Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 5e éd., 1908.

BONNARD R. — *Précis de droit administratif,* L.G.D.J., 1943.

BOULOUIS J. : *Droit administratif,* Cours de droit, Paris, 2e A. licence, 1967-1968.

BURDEAU G. : *Les Libertés publiques,* L.G.D.J., 1966.

COLLIARD C. A. : *Libertés publiques,* Dalloz, 1968.

COUZINET P. : *Droit administratif,* Cours non polycopié, 2e A. licence, Toulouse, 1963-1964.

DEBBASCH C. — *Droit administratif,* Ed. Cujas, 1970.

DUGUIT L. : *Les transformations du droit public,* A. Colin, 1913.

DUGUIT L. : *Traité de Droit constitutionnel,* Paris, 1921-1925, 2e éd., 5 volumes.

DUPEYROUX O. : *Libertés publiques,* Cours non polycopié ; 3e A. licence, Toulouse, 1965-1966.

HAURIOU M. : *Précis de Droit administratif et de Droit public,* Sirey, 7e éd., 1911.

HAURIOU M. : *Précis élémentaire de Droit administratif,* Sirey, 12e éd., 1933.

LAFERRIÈRE E : *Traité de la Juridiction administrative,* Berger-Levrault, 1896.

DE LAUBADÈRE A. : *Traité élémentaire de Droit administratif,* L.G.D.J., 1970-1971, 4 volumes.

DE LAUBADÈRE A. : *Traité de Droit administratif,* T. I, L.G.D.J., 1973.

LEGENDRE P. : *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours,* P.U.F., 1968.

LONG, WEIL et BRAIBANT : *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative,* Sirey, 1969.

ODENT R. : *Contentieux administratif,* Cours polycopié, I.E.P., Paris, 1965-1966, 4 volumes.

ODENT R. : *Contentieux administratif,* Cours polycopié, I.E.P., Paris, 1970-1971, 6 volumes.

RIVERO J. : *Droit administratif comparé,* Cours polycopié, Paris, D.E.S., 1954-1955.

RIVERO J. : Précis de Droit administratif, *Dalloz,* 1968 (4e éd.).

RIVERO J. : *Droit administratif, Dalloz,* 1971 (5e éd.).

RIVERO J. : *Les Libertés Publiques,* 1 - *Les droits de l'homme,* P.U.F., 1973.

SAUTEL G. : *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française, Dalloz,* 1969.

SFEZ L. : *L'Administration prospective,* A. Colin, 1970.

VEDEL G. : *Précis de Droit administratif,* P.U.F., 1968.

VEDEL G. : *Droit administratif,* P.U.F., 1973.

WALINE M. : *Traité de Droit administratif,* Sirey, 1963.

WALINE M. : *Précis de Droit administratif,* Monchrestien, 1969.

WEIL P. : *Le Droit administratif,* P.U.F., 1968.

II. — MONOGRAPHIES.

ALIBERT R. : *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir,* Payot, 1926.

BASSET M. : Le principe dit de « l'acte contraire » en droit administratif français, *Th. dactyl.*, Paris, 1967.

BATAILLER F. : Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, *Th.* Paris, *L.G.D.J.*, 1966.

BERN P. : La nature juridique du contentieux de l'imposition, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1972.

BERNARD : La Notion d'ordre public en droit administratif, *Th.* Montpellier, L.G.D.J., 1962.

CASTAGNÉ : Le Contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1964.

CHAUDET J.-P. : Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, *Th.* Rennes, L.G.D.J., 1967.

CHEVALLIER J. : L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'Administration active, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1970.

CHEVALLIER J.-J. : L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir, *Th.* Nancy, 1924.

COLSON J.-P. : L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, *Th.* Montpellier, L.G.D.J., 1970.

COSTA J.-L. : Liberté, ordre public et justice en France, Paris, I.E.P., *Les cours de droit,* 1964-1965.

DEBBASCH C. : Procédure administrative contentieuse et procédure civile, *Th.* Aix, L.G.D.J., 1961.

DEBRÉ M. : *Au service de la Nation,* Paris, Stock, 1963.

DELVOLVÉ P. : Le principe d'égalité devant les charges publiques, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1969.

DOUENCE J.-C. : Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration, *Th.* Bordeaux, L.G.D.J., 1968.

DRAN M. : Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1968.

DUBISSON M. : La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1957.

DUPUIS G. : Les privilèges de l'Administration. *Th.* Paris, dactyl., 1962.

FAVOREU L. : Du déni de justice en droit public français, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1964.

FERRARI P. : Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire, *Th.* Paris, dactyl., 1972.

GABOLDE C. : Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français, *Th.* Paris, 1951.

GAUDEMET Yves : Les méthodes du juge administratif, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1972.

GJIDARA M. : La fonction administrative contentieuse, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1972.

GOLDENBERG L. : Le Conseil d'Etat juge du fait, *Th.* Paris, Dalloz, 1932.

HAMSON C.-J. : *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration. Considérations sur le Conseil d'Etat statuant au contentieux,* Trad. Cocâtre-Zilgien, L.G.D.J., 1958.

ISAAC G. : La procédure administrative non contentieuse, *Th.* Toulouse, L.G.D.J., 1968.

JEANNEAU B. : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, *Th.* Paris, Sirey, 1954.

KESSLER C. : *Le Conseil d'Etat,* A. Colin, 1968.

LADREIT DE LACHARRIÈRE R. : Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle, *Th.* Paris, Sirey, 1937.

LANDON P. : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à* 1954, L.G.D.J., 1962.

LANDON P. : *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954,* Paris, L.G.D.J., 1968.

LAURENT P. : L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'Etat, *Th.* Aix-en-Provence, 1941.

LEGRAND A. : L'Ombudsman scandinave (Etudes comparées sur le contrôle de l'Administration), *Th.* Paris, L.G.D.J., 1970.

LETOURNEUR, BAUCHET, MERIC : *Le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs,* A. Colin, 1970.

LIVRE JUBILAIRE DU CONSEIL D'ETAT, Sirey, 1952.

LOSCHAK D. : Le rôle politique du juge administratif français, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1972.

DI MALTA L. : Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1960.

MONTANÉ DE LA ROQUE P. : L'inertie des pouvoirs publics, *Th.* Toulouse, Imprimerie Moderne, 1950.

MOURGEON J. : La répression administrative, *Th. Toulouse,* L.G.D.J., 1969.

NEGRIN J.-P. : Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958, *Mémoire D.E.S.*, Aix, P.U.F., 1968.

NIZARD L. : La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1962.

PACTET P. : Essai d'une théorie de la preuve devant les juridictions administratives, *Th.* Paris, Pédone, 1952.

DI QUAL L. : La compétence liée, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1964.

RIVERO J. : Les mesures d'ordre intérieur administratives, *Th.* Paris, Sirey, 1934.

RIVERO J. : Le pouvoir et les administrés devant le juge, *E.N.A.*, Cours commun général, 1955.

RONGERE P. : Le procédé de l'acte-type, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1968.

ROUGEAUX J. : La procédure applicable devant les Tribunaux judiciaires statuant sur les affaires intéressant l'Administration, *Th.* Paris, dactyl., 1970.

SANDEVOIR P. : Etudes sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative, *Th.* Lille, L.G.D.J., 1964.

SCHWARTZENBERG R. G. : L'autorité de chose décidée, *Th.* Paris, *L.G.D.J.*, 1969.

SOUBEYROL J. : Les décrets-lois sous la IV[e] République, *Th.* Paris, Pédone, 1955.

TEITGEN P. H. : La police municipale, *Th.* Nancy, 1934.

TOURDIAS M. : Le sursis à exécution des décisions administratives, *Th.* Bordeaux, L.G.D.J., 1957.

VENEZIA J. C. : Le pouvoir discrétionnaire, *Th.* Paris, *L.G.D.J.*, 1958.

VOISSET M. : L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1968.

WEIL P. : Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, *Th.* Paris, Jouve, 1952.

WIENER C. : Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, *Th.* Paris, L.G.D.J., 1970.

III. — ARTICLES.

AHAHANZO GLÉLÉ M. : Le sursis à exécution d'une décision administrative négative (*D.*, 1969, chr. p. 161).

AUBY J.-M. : L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois (*J.C.P.*, 1953, I, 1080).

AUBY J.-M. : Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative (*A.J.D.A.*, 1966, I, 5).

BARTHÉLÉMY J. : De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application (*R.D.P.*, 1907, p. 295).

BELTRAME P. : Le contrôle des prix et le juge (*Rev. Adm.*, 1967, p. 670).

BRAIBANT G. : Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir (*E.D.C.E.*, 1961, p. 53).

CAPITANT R. : De la nature des actes du gouvernement (Mélanges Julliot de la Morandière, *Dalloz*, 1964, p. 99).

CASSIN R. : Le Conseil d'Etat, gardien des principes de la Révolution française (*Revue Internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951).

CHAPUS R. : L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? (*D.*, 1958, chr. p. 5).

CHARLIER : Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives (*J.C.P.*, 1954, I, 1169).

CHEVALLIER J. : L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur (*A.J.D.A.*, 1972, I, 67).

DEBBASCH C. : Déclin du contentieux administratif ? (*D.* 1967, chr., p. 95).

DELMAS-MARSALET J. : Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat (*E.D.C.E.*, 1969, p. 133).

DENOIX DE SAINT-MARC et LABETOULLE : Les pouvoirs d'instruction du juge administratif (*E.D.C.E.*, 1970, p. 69).

DONNEDIEU DE VABRES J. : La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France (*E.D.C.E.*, 1949, p. 30).

DRAGO R. : La réforme du Conseil d'Etat (décret du 30 juillet 1963) (*A.J.D.A.*, 1963, I, 524).

DUEZ P. : Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels, *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 131.

DUPEYROUX J.-J. et GARAGNON J. : Le contentieux de la notoriété médicale (*D.*, 1962, chr. p. 19).

EISENMANN C. : Le droit administratif et le principe de légalité (*E.D.C.E.*, 1957, p. 25).

ETUDE RELATIVE AUX DÉCISIONS RENDUES PAR LE CONSEIL D'ETAT AU COURS DE L'ANNÉE JUDICIAIRE 1965-1966 (Séminaire d'études sous la direction de M. Drago) (*E.D.C.E.*, 1967, p. 145).

FROMONT : Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative (*A.J.D.A.*, 1966, I. 588).

GABOLDE C. : L'exception d'urgence en droit administratif (*D.* 1952, chr. p. 41).

GENY B. : De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif (*Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 277).

GROSHENS J.-C. : Réflexions sur la dualité de juridiction (*A.J.D.A.*, 1963, I, 536).

GUILLOIS : De l'arrêt Bouteyre à l'arrêt Barel (*Mélanges Mestre*, Sirey, 1956, p. 297).

HAURIOU A. : Le pouvoir discrétionnaire et sa justification (*Mélanges Carré de Malberg*, Sirey 1933, p. 233).

HOMONT A. : L'illégalité des déclarations d'utilité publique et les garanties du droit de propriété (*J.C.P.*, 1971, I, 2293).

JOSSE P.L. : L'expropriation dans le cadre de « la loi foncière » du 6 août 1953, (*D.*, 1954, chr. p. 45).

KORNPROBST B. : *L'erreur manifeste* (*D.*, 1965, chr. p. 121).

LABY : L'inexécution par l'Administration des décisions du juge administratif (*Droit Ouvrier*, 1963, p. 250).

LATOURNERIE R. : Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat (*Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey 1952, p. 177).

LEFAS A. : Note sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux (*E.D.C.E.*, 1958, p. 83).

LEMASURIER J. : La preuve dans le détournement de pouvoir (*R.D.P.*, 1959, p. 36).

LESSONA : De l'obligation pour l'Administration de se conformer à la chose jugée par les Tribunaux judiciaires et administratifs (*E.D.C.E.*, 1960, p. 319).

LETOURNEUR M. : L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir (*E.D.C.E.*, 1962, p. 51).

MATHIOT A. : Théorie des circonstances exceptionnelles (*Mélanges Mestre*, Sirey, 1956, p. 413).

MEGRET J. : De l'obligation pour l'Administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire, avant de prendre une décision, même discrétionnaire (*E.D.C.E.*, 1953, p. 77).

MEME C. : L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions (*E.D.C.E.*, 1968, p. 41).

MESTRE R. : Le pouvoir de réglementation de l'Ordre des pharmaciens (*Le Pharmacien de France*, 1952, p. 130).

MONTANÉ DE LA ROQUE P. : Les actes de gouvernement (*Ann. Faculté de Droit de Toulouse*, 1960, p. 71).

MORANGE G. : Le principe des droits de la défense devant l'Administration active (*D.*, 1956, chr. p. 121).

MORANGE G. : Les principes généraux du droit et la V^e^ République (*R.D.P.*, 1960, p. 1188).

MORANGE G. : Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 (*D.*, 1962, *chr.* p. 109).

MOUREAU L. : Notion et spécificité du contentieux administratif (*Mélanges Dabin*, Sirey, 1963, T. I, p. 179).

ODENT R. : Les droits de la défense (*E.D.C.E.*, 1953, p. 55).

PEPY D. : Justice anglaise et justice administrative française (*E.D.C.E.*, 1956, p. 159).

PUGET H. : Le Conseil d'Etat au temps de Napoléon (*Rev. des Sciences Politiques*, 1921, p. 407).

PUGET H. : Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat (*Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p. 109).

RAUX J. : L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation (*A.J.D.A.*, 1967, I, 197).

RIVERO J. : Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? (*D.*, 1951, chr. p. 21).

RIVERO J. : Sur la réforme du contentieux administratif (*D.*, 1951, chr. p. 163).

RIVERO J. : Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice (*D.*, 1954, chr. p. 157).

RIVERO J. : Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir (*D.*, 1962, chr. p. 37).

RIVERO J. : Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits (*Mélanges Dabin*, Sirey, 1963, T. II, p. 813).

RIVERO J. : A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui — démocratie et Administration (*Mélanges Savatier,* Dalloz, 1965, p. 84).

ROBERT J. : Propos sur le sauvetage d'une liberté (*R.D.P.*, 1971, p. 1171).

SABOURIN P. : Mission de service public, prérogatives de puissance publique et notion d'autorité administrative (*J.C.P.*, 1971, I, 2407).

SAUVIGNON E. : La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir (*A.J.D.A.*, 1971, I, 200).

SAVY R. : Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'Administration (*A.J.D.A.*, 1972, I, 3).

DE SOTO J. : Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique (*E.D.C.E.*, 1952, p. 64).

VALLERY-RADOT M. : Les règles de fond du remembrement rural et la jurisprudence du Conseil d'Etat, (*A.J.D.A.*, 1969, I, 592).

VINCENT J.-Y. : L'erreur manifeste d'appréciation (*Rev. Adm.*, 1971, p. 407).

VIRALLY M. : L'introuvable acte de gouvernement (*R.D.P.*, 1952, p. 317).

VIROLE J. : Le champ d'application de la déclaration d'utilité publique (*A.J.D.A.*, 1960, I, 175).

VLACHOS G. : Le retrait des actes administratifs (*Rev. Adm.*, 1970, p. 412).

WALINE M. : Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel (*R.D.P.*, 1930, p. 197).

WALINE M. : Cinquante ans de jurisprudence administrative (*D.*, 1950, chr. p. 21).

WALINE M. : Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration (*E.D.C.E.*, 1956, p. 25).

WEIL P. : Le Conseil d'Etat : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique (*Annales de la Faculté de Droit d'Aix,* 1959, p. 279).

WIENER C. : La motivation des décisions économiques en droit comparé (*Rev. internationale de droit comparé,* 1969, p. 778).

IV. — CONCLUSIONS DE COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT.

BARBET : Sur C.E., 29 juin 1951, Syndicat de la Raffinerie de soufre française, (*S.*, 1952, III, 33).

BAUDOUIN : Sur C.E., 18 juillet 1969, Sieur Levrier (*A.J.D.A.*, II, 633).

BAUDOUIN : Sur C.E., 6 novembre 1970 (*R.D.P.*, 1970, p. 517).

BERNARD : Sur C.E., 14 octobre 1970, Syndicat agricole et viticole de Lalande-de-Pomerol (*Rec.*, p. 529).

BERNARD : Sur C.E., 19 octobre 1962, Brocas (*Rec.*, p. 553).

BERNARD : Sur C.E., 23 octobre 1964, d'Oriano (*R.D.P.*, 1965, p. 282).

BERTRAND : Sur C.E., 23 octobre 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots (*R.D.P.*, 1964, p. 1210).

BERTRAND : Sur C.E., 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F. (*R.D.P.*, 1966, p. 331).

BERTRAND : Sur C.E., 26 janvier 1968, Sté « Maison Genestal » (*Rec.*, p. 62).

BERTRAND : Sur C.E., 14 novembre 1970, Sieur Eve (*Rec.*, p. 498).

BERTRAND : Sur C.E., 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France (*Rec.*, p. 750).

BLUM : Sur C.E., 5 mai 1911, Lacan (*Rec.*, p. 532).

BRAIBANT : Sur C.E., 18 juin 1954, Préfet du Var (*D.*, 1954, J., 93).

BRAIBANT : Sur C.E., 6 mars 1959, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture c/ Sté Gros (*R.P.D.A.*, 1959, p. 88).

BRAIBANT : Sur C.E., 19 juin 1959, Villard (Rec., p. 373).

BRAIBANT : Sur C.E., 8 janvier 1960, deux arrêts, Sten Rohm, Sieur Faist (*R.D.P.*, 1960, p. 333).

BRAIBANT : Sur C.E., 11 octobre 1963, Aguzoue (*A.J.D.A.*, 1963, II, 626).

BRAIBANT : Sur C.E., 10 janvier 1964, Min. de l'Agriculture c/ Simonnet (*R.D.P.*, 1964, p. 182).

BRAIBANT : Sur C.E., 24 avril 1964, Delahaye (*Dr. Soc.*, 1964, p. 433).

BRAIBANT : Sur C.E., 7 février 1969, Syndicat général des importateurs et exportateurs du commerce en gros des vins et spiritueux (*Rec.*, p. 75).

BRAIBANT : Sur C.E., 28 mai 1971, Min. de l'Equipement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle Est (*A.J.D.A.*, 1971, II, 463).

BRAIBANT : Sur C.E., 17 décembre 1971, Sieur Virapin-Apou (*Rec.*, p. 779).

CELIER : Sur C.E., 7 novembre 1947, Alexis et Wolff (*J.C.P.*, 1947, II, 4006).

CHARDEAU : Sur C.E., 24 juin 1956, Union des industries métallurgiques et minières (*Dr. Soc.*, 1957, p. 235).

CHARDEAU : Sur C.E., 21 novembre 1958, Syndicat national des transports aériens (*D.*, 1959, J., 475).

CHARDEAU : Sur C.E., 30 janvier 1959, Grange (*Rec.*, p. 85).

CHARDEAU : Sur C.E., 26 octobre 1960, Rioux (*Rec.*, p. 558).

COMBARNOUS : Sur C.E., 24 novembre 1964, Sté anonyme Lic (*A.J.D.A.*, 1964, II, 308).

CORNEILLE : Sur C.E., 6 août 1915, Delmotte (*Rec.*, p. 215).

DAYRAS : Sur C.E., 12 novembre 1938, Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions (*S.*, 1939, III, 65).

DETTON : Sur C.E., 27 janvier 1933, Le Loir (*S.*, 1933, III, 132).

DETTON : Sur C.E., 17 novembre 1936, Association des Croix de Feu (*D.*, 1936, III, 79).

FOURNIER : Sur C.E., 12 novembre 1958, Syndicat de la Raffinerie de soufre française (*A.J.D.A.*, 1958, II, 13).

FOURNIER : Sur C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-Conseils (*R.D.P.*, 1959, p. 1004).

GALABERT : Sur C.E., 28 avril 1967, Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques et autres (*A.J.D.A.*, 1967, II, 401).

GAND : Sur C.E., 9 mars 1962, Sté nouvelle des établissements Gaumont (*A.J.D.A.*, 1962, II, 370).

GAZIER : Sur C.E., 7 juillet 1950, Dehaene (*J.C.P.*, 1950, II, 5681).

GENTOT : Sur C.E., 29 janvier 1971, Sté civile immobilière La Charmille de Montsoult (*A.J.D.A.*, 1971, II, 234).

GREVISSE : Sur C.E., 11 mars 1955, Sec. d'Etat à la Guerre c/ Coulon (*R.D.P.*, 1955, p. 995).

GUIONIN : Sur C.E., 22 juillet 1949, Sté des automobiles Berliet (*S.*, 1951, III, 1).

GUIONIN : Sur C.E., 27 octobre 1950, Coulon c/ Didierjean (*R.D.P.*, 1950, p. 232).

GULDNER : Sur C.E., 7 juin 1957, Brissaud (*A.J.D.A.*, 1957, II, 397).

HELBRONNER : Sur C.E., 10 mai 1912, Abbé Bouteyre (*Rec.*, p. 553).

HELBRONNER : Sur C.E., 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer (*S.*, 1914, III, 1).

HENRY : Sur C.E., 1er avril 1960, Queriaud (*Rec.*, p. 245).

HENRY : Sur C.E., 8 avril 1961, Dame Klein (*D.*, 1961, J., 587).

HENRY : Sur C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens (*R.D.P.*, 1962, p. 294).

HEUMANN : Sur C.E., 22 avril 1955, Assoc. franco-russe dite Roussky-Dom (*Rev. Adm.*, 1955, p. 404).

HEURTE : Sur T. A., Marseille, 7 octobre 1955, Sté commerciale des riz et légumes secs c/ O.N.I.C. (*A.J.D.A.*, 1955, II, 440).

JOSSE : Sur C.E., 23 janvier 1925, Anduran (*D.*, 1925, III, 43).

JOSSE : Sur C.E., 8 juin 1931, Augier (*D.* 1934, III, 31).

JOSSE : Sur C.E., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary (*D.*, 1932, III, 26).

JOSSE : Sur C.E., 9 décembre 1932, Cie des tramways de Cherbourg *S.*, 1933, III, 9).

JOSSE : Sur C.E., 20 novembre 1938, Cambieri (*D.*, 1939, III, 15).

KAHN : Sur C.E., 12 février 1960, Sté industrielle d'approvisionnements (*A.J.D.A.*, 1960, II, 77).

KAHN : Sur C.E., 27 janvier 1961, Vannier (*Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 1961, p. 509).

KAHN : Sur C.E., 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur (*A.J.D.A.*, 1961, II, 641).

KAHN : Sur C.E., 12 janvier 1968, Min. de l'Economie et des Finances c/ Dame Perrot (*A.J.D.A.*, 1968, II, 279).

LAURENT : Sur C.E., 1er octobre 1954, Min. des Finances c/ Crédit coopératif foncier (*Rec.*, p. 492).

LAURENT : Sur C.E., 17 juin 1955, Min. de l'Industrie et du Commerce c/ Assoc. pour la sauvergarde du Parc des Sports (*A.J.D.A.*, 1955, II, 288).

LAURENT : Sur C.E., 16 mars 1956, Garrigou (D., 1956, J., 253).

LEFAS : Sur C.E., 11 juillet 1945, Sté Chaigneau-Ancelin (*Dr. Soc.*, 1946, p. 108).

LETOURNEUR : Sur C.E., 27 janvier 1950, Billard (*S.*, 1950, III, 41).

LETOURNEUR : Sur C.E., 23 novembre 1951, Sté nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité (*R.D.P.*, 1951, p. 1098).

LETOURNEUR : Sur C.E., 28 mai 1954, Barel (*Rec.*, p. 308).

MARGUERIE : Sur C.E., 23 novembre 1888, Sœurs hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Paris (*Rec.*, p. 874).

MAYRAS : Sur C.E., 18 décembre 1959, Sté les Films Lutetia (*S.*, 1960, III, 99).

MORISOT : Sur C.E., 18 avril 1969, Consorts Vitry (*A.J.D.A.*, 1969, II, 424).

MOSSET : Sur C.E., 8 mars 1957, Roze (*Rec.*, p. 147).

ORDONNEAU : Sur C.E., 10 novembre 1961, Missa et Association des Résistants de la R.T.F. (*A.J.D.A.*, 1962, II, 40).

QUESTIAUX : Sur C.E., 23 mai 1969, Sté Distilleries Brabant (*A.J.D.A.*, 1969, II, 640).

RIVET : Sur C.E., 25 novembre 1921, Olive (*R.D.P.*, 1922, p. 107).

ROMIEU : Sur C.E., 2 décembre 1892, Mogambury (*S.*, 1894, III, 97).

ROUVIER : Sur C.E., 16 novembre 1900, Maugras (*S.*, 1901, III, 57).

SÉGALAT : Sur C.E., 24 juillet 1942, Piron (*S.*, 1943, III, 1).

VUGHT : Sur C.E., 29 mars 1968, Manufacture française des pneumatiques Michelin (*R.D.P.*, 1969, p. 346).

VUGHT : Sur C.E., 29 mars 1968, Sté du lotissement de la plage de Pampelonne (*Rec.*, p. 211).

VUGHT : Sur C.E., 8 octobre 1971, Syndicat national des Architectes chargés de la construction d'H.L.M. et autres (*Rec.*, p. 586).

V. — NOTES DE JURISPRUDENCE.

AUBY : Sous C.E., 13 juillet 1963, Ville d'Alès (*R.D.P.*, 1963, p. 1216).

AUBY : Sous C.E., 10 janvier 1964, Min. de l'Agriculture c/Simonnet (*S.*, 1964, III, 234).

BAZEX : Sous C.E., 31 janvier 1969, Union nationale des grandes pharmacies de France (*Dr. Soc.*, 1970, p. 137).

BING : Sous C.E., 24 avril 1964, Delahaye (*S.*, 1964, III, 441).

CAVARROC : Sous Civ., 27 février 1950 (*J.C.P.*, 1950, II, 5517).

CHAPUS : Sous C.E., 21 décembre 1960, Serra et Vicat-Blanc (*D.*, 1960, J., 421).

Copper-Royer : Sous C.E., 17 juin 1955, Min. de l'Industrie et du Commerce c/Assoc. pour la sauvegarde du Parc des Sports (*A.J.D.A.*, 1955, II, 288).

Debbasch : Sous C.E., 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F. (*J.C.P.*, 1966, II, 14802).

Delcros : Sous C.E., 23 janvier 1970, Min. d'Etat chargé des Affaires sociales c/ Sieur Amoros (*A.D.J.A.*, 1970, II, 175).

Demichel : Sous C.E., 13 novembre 1964, Livet (*D.*, 1965, J., 668).

Drago : Sous C.E., 16 décembre 1955, Dame Bourokba (*D.*, 1956, J., 392).

Drago : Sous C.E., 22 juin 1963, Sieur Poncin (*A.D.J.A.*, 1963, II, 649).

Dupeyroux J.-J. et Garagnon : Sous C.E., 7 juin 1967, Rougemont (*D.*, 1968, J., 201).

Fournier : Sous C.E., 11 octobre 1963, Aguzoue (*A.D.J.A.*, 1963, II, 626).

Fourré et Puybasset : Sous C.E., 24 avril 1964, Villard (*A.D.J.A.*, 1964, I, 293).

Fromont : Sous C.E., 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police (*D.*, 1962, J., 424).

Fromont : Sous C.E., 23 mai 1969, Sté Distilleries Brabant (*D.*, 1970, J., 673).

Galabert et Gentot : Sous C.E., 1er décembre 1961, Pilet (*A.J.D.A.*, 1962, I, 14).

Galabert et Gentot : Sous C.E., 13 juillet 1962, Arnaud (*A.J.D.A.*, 1962, I, 545).

Guibal : Sous C.E., 31 janvier 1969, Union nationale des grandes pharmacies de France (*D.*, 1969, J., 369).

Hauriou M. : Sous C.E., 16 novembre 1900, Maugras (*S.*, 1901, III, 57).

Hauriou M. : Sous C.E., 21 décembre 1900, Trottin (*S.*, 1903, III, 57).

Hauriou M. : Sous C.E., 16 décembre 1908, élections de Bouilh-Pereuilh (*S.*, 1909, III, 65).

Hauriou M. : Sous C.E., 23 juillet 1909, Fabrègues (*S.*, 1911, III, 121).

Hauriou M. : Sous C.E., 10 novembre 1911, Sté de secours mutuel La Fraternelle Lavalloise (*S.*, 1914, III, 73).

HAURIOU M. : Sous C.E., 18 juillet 1913, Syndicat national des Chemins de fer (*S.*, 1914, III, 1).

HAURIOU M. : Sous C.E., 6 août 1915, Delmotte (*S.*, 1916, III, 9).

HAURIOU M. : Sous C.E., 28 juin 1918, Heyriès (*S.* 1922, III, 49).

HAURIOU M. : Sous C.E., 28 février 1919, Dames Dol et Laurent (*S.*, 1919, III, 33).

HOMONT : Sous C.E., 10 juillet 1968, Consorts Troussier et Sté d'achat de terrains et constructions (*A.D.J.A.*, 1969, II, 109).

HOMONT : Sous C.E., 18 avril 1969, Consorts Vitry (*A.D.J.A.*, 1969, II, 362).

HOMONT : Sous C.E., 25 avril 1969, Consorts Maurel (*A.D.J.A.*, 1969, II, 364).

HOMONT : Sous C.E., 14 mai 1969, Min. de l'Education Nationale c/ Sieur At (*A.D.J.A.*, 1969, I, 440).

JEZE : Sous C.E., 23 juillet 1911, Rougegré (*R.D.P.*, 1913, p. 437).

LABETOULLE et CABANES : Sous C.E., 23 janvier 1970, Min. d'Etat chargé des Affaires Sociales c/ Amoros (*A.D.J.A.*, 1970, I, 609).

LABETOULLE et CABANES : Sous C.E., 21 juillet 1970, Sieurs Alain Krivine et Pierre Franck (*A.J.D.A.*, 1970, I, 616).

LABETOULLE et CABANES : Sous C.E., 21 octobre 1970, Dame Simone de Beauvoir et Sieur Leiris (*A.D.J.A.*, 1970, I, 609).

LABETOULLE et CABANES : Sous C.E., 27 novembre 1970, Agence Marseille-Fret, Cie Générale Transatlantique et autres (*A.D.J.A.*, 1971, I, 150).

LABETOULLE et CABANES : Sous C.E., 28 mai 1971, Min. de l'Equipement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle Est (*A.D.J.A.*, 1971, I, 404).

LAMARQUE : Sous C.E., 23 décembre 1959, Freyssinet (*S.*, 1960, III, 227).

LAROQUE : Sous C.E., 9 décembre 1932, Cie des tranways de Cherbourg (*S.*, 1933, III, 9).

LASSALE : Sous C.E., 8 avril 1961, Dame Klein (*S.*, 1961, III, 249).

LATSCHA : Sous C.E., 4 mars 1966, Manufacture des produits chimiques de Tournon (*A.D.J.A.*, 1966, II, 365).

DE LAUBADÈRE : Sous C.E., 19 octobre 1962, Brocas (*R.D.P.*, 1962, p. 1180).

LECLERCQ : Sous C.E., 19 janvier 1962, Bernardet (*D.*, 1962, J., 202).

LIET-VEAUX : Sous C.E., 1er juin 1943, Magnas (*S.*, 1943, III, 37).

LIET-VEAUX : Sous C.E., 3 juillet 1953, Consorts Brammelec (*Rev. Adm.*, 1953, p. 378).

LIET-VEAUX : Sous T.A., Paris, 11 juillet 1963, Stés civiles immobilières de la Résidence Sceaux-Robinson et du Plessis c/ Min. de la Construction (*Rev. Adm.*, 1963, p. 584).

LIET-VEAUX : Sous C.E., 23 octobre 1963, Dame Veuve Musy (*Rev. Adm.*, 1963, p. 584).

LINO DI QUAL : Sous C.E., 17 avril 1963, Min. des Anciens Combattants et Victimes de Guerre c/ Faderne (*D.*, 1963, J., 689).

LOSCHAK : Sous C.E., 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France et 20 janvier 1971, Union départementale des sociétés mutualistes du Jura (*D.*, 1971, J., 673).

MASSOT et DEWOST : Sous C.E., 12 janvier 1968, Min. de l'Economie et des Finances c/ Dame Perrot (*A.D.J.A.*, 1968, I, 339).

MATHIOT : Sous C.E., 22 juillet 1949, Sté des automobiles Berliet (*S.*, 1951, III, 6).

MATHIOT : Sous C.E., 28 mai 1954, Barel (*S.*, 1954, III, 102).

MESTRE : Sous C.E., 22 mars 1929, Gros (*S.*, 1929, III, 129).

MESTRE : Sous C.E., 11 décembre 1931, Ligue pour la défense du commerce parisien (*S.*, 1933, III, 57).

MESTRE : Sous C.E., 19 mai 1933, Benjamin (*S.*, 1933, III, 1).

MESTRE : Sous C.E., 5 décembre 1941, Sellier (*S.*, 1942, III, 25).

MESTRE : Sous C.E., 24 juillet 1942, Piron (*S.*, 1943, III, 1).

MESTRE : Sous C.E., 22 novembre 1946, Mathian (*S.*, 1947, III, 41).

MESTRE : Sous C.E., 7 novembre 1947, Alexis et Wolff (*J.C.P.*, 1947, II, 4006).

MODERNE : Sous C.E., 27 novembre 1970, Agence Marseille-Fret, Cie Générale Transatlantique et autres (*J.C.P.*, 1971, II, 16757).

MOLINIER : Sous C.E., 4 juillet 1969, Ordre des Avocats près la Cour d'Appel de Paris et autres (*A.D.J.A.*, 1970, II, 43).

MORANGE G. : Sous C.E., 26 novembre 1954, Delle Balthazard (*D.*, 1955, J., 524).

NGUYEN QUOC DINH : Sous C.E., 9 novembre 1945, Morand (*D.*, 1946, J., 270).

PACTEAU : Sous C.E., 27 novembre 1970, Agence Marseille-Fret, Cie générale Transatlantique et autres (*Dr. Soc.*, 1971, p. 344).

PAULIN : Sous C.E., 11 janvier 1963, Syndicat national des maisons d'enfants et établissements médicaux de l'enfance (*A.J.D.A.*, 1963, II, 41).

PUYBASSET et PUISSOCHET : Sous C.E., 6 décembre 1964, R.A.M.E.X. (*A.D.J.A.*, 1964, I, 692).

RIVERO : Sous C.E., 7 février 1936, Jamart (*S.*, 1937, III, 113).

TISSIER : Sous C.E., 24 octobre 1952, Eckert (*S.*, 1953, III, 53).

TOURNIÉ : Sous C.E., 23 mai 1969, Sté Distilleries Brabant (*A.D.J.A.*, 1969, I, 640).

TOUSCOZ : Sous C.E., 10 janvier 1964, Min. de l'Agriculture c/ Simonnet (*D.*, 1964, J., 414).

TROTABAS : Sous C.E., 21 novembre 1958, Syndicat national des transports aériens (*D.*, 1959, J., 475).

VEDEL : Sous C.E., 2 novembre 1951, Tixier (*J.C.P.*, 1952, II, 6810).

WALINE M. : Sous C.E., 15 mai 1936, Belot (*D.P.*, 1937, III, 1).

WALINE M. : Sous Req. 29 novembre 1938 (*D.*, 1939, I, 101).

WALINE M. : Sous C.E., 29 juin 1951, Syndicat de la Raffinerie de soufre française (*D.*, 1951, J., 661).

WALINE M. : Sous C.E., 23 novembre 1951, Sté nouvelle d'imprimerie, d'éditions, et de publicité (*R.D.P.*, 1951, p. 1098).

WALINE M. : Sous C.E., 19 février 1954, Palaprat (*R.D.P.*, 1954, p. 1072).

WALINE M. : Sous C.E., 7 janvier 1955, (*R.D.P.*, 1955, p. 709).

WALINE M. : Sous C.E., 23 décembre 1960, Union générale cinématographique (*R.D.P.*, 1961, p. 740).

WALINE M. : Sous C.E., 2 mai 1962, Caucheteux et Desmonts (*R.D.P.*, 1963, p. 279).

WALINE M. : Sous C.E., 10 octobre 1969, Consorts Muselier (*R.D.P.*, 1970, p. 774).

WALINE M. : Sous C.E., 14 novembre 1970, Sieur Eve (*R.D.P.*, 1970, p. 784).

WALINE M. : Sous C.E., 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France (*R.D.P.*, 1971, p. 1224).

WEIL : Sous C.E., 28 décembre 1949, Sté des automobiles Berliet (*D.*, 1950, J., 383).

WEIL : Sous C.E., 18 décembre 1959, Sté les films Lutétia (*D.*, 1960, J., 171).

WEIL : Sous C.E., 8 avril 1961, Dame Klein (*D.*, 1961, J., 621).

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

INTRODUCTION 11

PREMIERE PARTIE

PROTECTION INDIRECTE DES PREROGATIVES DE L'ADMINISTRATION PAR AUTOLIMITATION DU CONSEIL D'ETAT 19

TITRE I. — Les limites générales du contrôle juridictionnel .. 23

CHAPITRE I. — La phase préalable à l'arrêt 25

SECTION I. — Limites de l'efficacité de la requête .. 25

SECTION II. — Limites de l'efficacité de l'instruction 40

CHAPITRE II. — L'élaboration de l'arrêt 45

SECTION I. — Limites de l'efficacité des moyens d'annulation 45

Sous-Section I. — Les moyens inopérants 46

Sous-Section II. — Les moyens non fondés 48

§ I. — Les formalités non-substantielles . 48

§ II. — Les principes non impératifs 50

§ III. — Les motifs surabondants 53

Sous-Section III. — Un moyen en déclin : le détournement de pouvoir 55

SECTION II. — Limites de l'efficacité de la décision d'annulation 59

Sous-Section I. — La portée directe de l'annulation 59

§ I. — L'ancienne subordination de l'Administration au Conseil d'Etat 59

§ II. — L'actuelle indépendance de l'Administration à l'égard du Conseil d'Etat ... 62
Sous-Section II. — La portée indirecte de l'annulation ... 71

CHAPITRE III. — L'exécution de l'arrêt ... 75
Section I. — Limites du contrôle sur l'exécution de l'arrêt ... 75
Section II. — Limites des sanctions pour inexécution de la chose jugée ... 77

TITRE II. — Les domaines privilégiés de l'activité administrative ... 83

CHAPITRE I. — Domaines à contrôle réduit ... 85
Section I. — Le contentieux économique ... 86
Sous-Section I. — Réduction du contrôle des motifs ... 86
§ I. — Contrôle de l'exactitude des motifs 86
§ II. — Contrôle de la qualification juridique des motifs ... 90
Sous-Section II. — Réduction du contrôle des mobiles ... 92
§ I. — Appréciation large de l'intérêt général ... 92
§ II. — Présomption de conformité à l'intérêt général ... 96
Section II. — Le contentieux technique ... 99
Section III. — Le contentieux politique ... 104
Sous-Section I. — Contrôle réduit sur les décrets-lois et ordonnances ... 105
Sous-Section II. — Contrôle réduit sur les mesures de haute police ... 108

CHAPITRE II. — Domaines sans contrôle ... 115
Section I. — La vie intérieure des services publics 116
§ I. — Absence de contrôle sur les mesures d'ordre intérieur ... 116
§ II. — L'attitude du Conseil d'Etat face à la vie intérieure des services publics .. 118

SECTION II. — Les actes de gouvernement 120
SECTION III. — Les décisions législatives de l'article 16 126

DEUXIEME PARTIE

RECONNAISSANCE DIRECTE DES PREROGATIVES DE L'ADMINISTRATION PAR LE CONSEIL D'ETAT 131

TITRE I. — Le renforcement de la liberté de décision de l'Administration 135

CHAPITRE I. — L'élaboration de la décision administrative 137
SECTION I. — La décision administrative peut être prise à tout moment 138
§ I. — Les délais dans lesquels interviennent les règlements 138
§ II. — Les délais dans lesquels interviennent les mesures non réglementaires 141
SECTION II. — La décision administrative peut être prise sans audition des intéressés 141
§ I. — Le domaine des droits de la défense 142
§ II. — Le contenu des droits de la défense 147
SECTION III. — La décision administrative n'a pas à être motivée 148
§ I. — L'Administration n'est pas tenue de motiver ses décisions 148
§ II. — Le Conseil d'Etat peut demander à l'Administration de lui donner les motifs de sa décision 154

CHAPITRE II. — L'application de la décision administrative 159
SECTION I. — Les facilités en commencement d'application de la décision 159
§ I. — Les modalités de la publication .. 160
§ II. — Les effets de la publication 161

SECTION II. — Les facilités en fin d'application de la décision 162
§ I. — Les modalités de l'abrogation 162
§ II. — Les modalités du retrait 165

TITRE II. — L'accroissement des moyens d'action de l'Administration 173
SOUS-TITRE I. — L'accroissement des moyens d'action de l'Administration en période normale 175
CHAPITRE I. — Extension du champ d'action de la compétence de l'Administration 177
SECTION I. — Extension de la notion d'utilité publique 178
SECTION II. — Dégradation de la notion d'utilité publique 180
CHAPITRE II. — Extension du pouvoir réglementaire .. 183
SECTION I. — Reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome 183
§ I. — Un réel pouvoir réglementaire 185
A) Existence 185
1° La réglementation des conditions d'octroi des décisions individuelles 185
2° La réglementation du contrôle de l'exécution des décisions individuelles 186
B) Limites 186
§ II. — Un pouvoir quasi-réglementaire .. 189
1° Les directives sont moins que des normes réglementaires 191
2° Les directives sont plus que des règles interprétatives 192
SECTION II. — Reconnaissance d'un pouvoir réglementaire de fait 194
§ I. — Un pouvoir réglementaire de fait par voie de circulaire 194
§ II. — Un pouvoir réglementaire de fait par voie d'acte-type 198

CHAPITRE III. — Extension du pouvoir hiérarchique .. 203
SECTION I. — Le pouvoir hiérarchique dans l'organisation du service 204
SECTION II. — Le pouvoir hiérarchique dans le fonctionnement du service 207
CHAPITRE IV. — Extension du pouvoir de police 211
SECTION I. — Extension de la notion d'ordre public 211
SECTION II. — Extension des compétences de police 213
CHAPITRE V. — Accroissement des moyens d'exécution des décisions administratives 219
SOUS-TITRE II. — Les régimes spéciaux d'accroissement des moyens d'action de l'Administration 223
SECTION I. — L'urgence 224
SECTION II. — Les circonstances exceptionnelles .. 226
A) Origines de la théorie 226
B) Effets des circonstances exceptionnelles 228

TROISIEME PARTIE

ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE DE LA PROTECTION DES PREROGATIVES DE L'ADMINISTRATION PAR LE CONSEIL D'ETAT 233

TITRE I. — Raisons de la protection 237
TITRE II. — Moyens de la protection 247
CHAPITRE I. — Les méthodes du Conseil d'Etat 249
SECTION I. — Le Conseil d'Etat participe à la définition de la légalité 250
§ I. — La légalité jurisprudentielle 250
§ II. — Interprétation jurisprudentielle de la légalité 253
SECTION II. — Le Conseil d'Etat délimite ses pouvoirs juridictionnels 255
CHAPITRE II. — La fonction du recours pour excès de pouvoir 259

TITRE III. — Caractères de la protection 263

CHAPITRE I. — Une protection variable 265

SECTION I. — La qualité de l'autorité 265

§ I. — Le Conseil d'Etat immunise l'action des autorités politiques 266

§ II. — Le Conseil d'Etat accorde des prérogatives spécifiques aux autorités ministérielles 267

§ III. — Le Conseil d'Etat ne protège pas les autorités para-administratives 268

SECTION II. — La nature du pouvoir 270

§ I. — Le contrôle minimum 271

§ II. — Le contrôle normal 274

§ III. — Le contrôle maximum 275

CHAPITRE II. — Une protection volontaire 279

§ I. — Les prérogatives d'indépendance de l'Administration 280

§ II. — Les prérogatives d'action de l'Administration 282

CONCLUSION GENERALE 285

BIBLIOGRAPHIE 289

LIBRAIRIE GENERALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS -
Dépôt légal : 2e trimestre 1974 n° 1609

Printed in France

IMPRIMERIE
TARDY-QUERCY-AUVERGNE
113, rue André-Breton
46001 CAHORS
30526

Mestre : ISBN 2-275-01329-6